Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung mit einer vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie der Verbindlichkeit überhaupt

Schwerin 1800

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.173
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703322-9
VD18 14766388-001

Dc VI. 51.

J. C.
0
173

Syſtematiſche Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Mit einer vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie der Verbindlichkeit überhaupt.

Von
D. Adolph Dieterich Weber
der Rechtsgelahrtheit ordentlichem öffentlichen Lehrer
zu Roſtock.

Dritte durchgeſehene und verbeſſerte Ausgabe.

Schwerin und Wismar
in der Bödnerſchen Buchhandlung.
1800.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Vorrede
der erſten Ausgabe *).

Iſt je eine Materie durch unrichtige Erklärung des Römiſchen Rechts, noch mehr aber durch unſchickliche Anwendung deſſelben auf unſere Rechtsgeſchäfte entſtellt worden, ſo iſt es gewiß die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Wirkung. In den Compendien wird ſie gewöhnlich nur obenhin ſo vorgetragen, daß unglaublich vieles ganz unbeſtimmt und ſchwankend zurück bleibt. Man iſt noch nicht ganz darüber einverſtanden, ob aus alleinigen natürlichen Rechten und Verbindlichkeiten eine gerichtliche Klage zuläſſig ſei? — Man vermiſcht die Fälle, wo das Civilrecht eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung verboten hat, mit denen, wo bloß der gerichtliche Effect entweder ganz oder zum

*) Dieſe Vorrede der erſten Ausgabe bezieht ſich auf eine damals beſonders abgedruckte Ankündigung. Aus dieſer iſt jetzt der Kürze wegen das Nöthige in der Vorrede ſelbſt mit angeführt worden.

Theil verſagt worden iſt. Bei verſchiedenen Materien, wo auf richtige Grundſätze von Einſchränkung der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten alles ankömmt, z. B. bei der Verjährung, wird daran gar nicht gedacht. — In der Lehre vom Pfandrechte wird zwar der Satz, daß auch wegen natürlicher Verbindlichkeiten eine Verpfändung gültig geſchehen könne, hingeworfen; ſucht man aber eine beſtimmte, ins Detail gehende Aufklärung, in wie fern die Verpfändung in dergleichen Fällen wirkſam ſei, und ob z. B. da, wo die Hauptſchuld nicht ausgeklagt werden kann, die hypothekariſche Klage zuläſſig ſei? ſo wird man ſchwerlich etwas zutreffendes finden. Kurz, dieſe ganze Lehre hat ungemein viele Lücken, und eine vollſtändige Bearbeitung derſelben dürfte der Cultur unſerer Wiſſenſchaft ſehr beförderlich ſein. Ich habe den Verſuch gemacht, dieſen Abgang zu ergänzen, und in dieſer Schrift nicht nur eine vollſtändige Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung überhaupt zu liefern, ſondern auch die Fälle, wo der Effect natürlicher Verbindlichkeiten durch bürgerliche Anordnungen eingeſchränkt

ſchränkt iſt, auf richtige und beſtimmte Grundſätze zurück zu führen, imgleichen von der Wirkung der Eidesleiſtungen, des Pfandes und der Bürgſchaft, in dieſer Hinſicht ausführlich zu handeln. Soll die beſondere Abhandlung einzelner Rechtsmaterien auf die Jurisprudenz im Ganzen einen glücklichen Einfluß haben, ſo iſt es Zeit, daß man vorzüglich auch dahin Bedacht nehme, von einem Gegenſtande, der ſich durch alle Theile der Rechtsgelahrtheit verbreitet — von dem Entſtehungsgrunde, und den verſchiedenen Eintheilungen der Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, ein ſolches Gebäude aufzuführen, welches unſerer heutigen Jurisprudenz angemeſſen iſt. Noch ſind wir mit vielen müſſigen Fictionen und andern Unſchicklichkeiten geplagt, wodurch Anfängern die Sache ſehr erſchwert, und überhaupt ein gründliches Studium gehindert wird. Man rechne mich, indem ich dieſes ſchreibe, nicht zu der Zahl derer, welche viel Erleichterung darin finden, wenn ſie dieſen oder jenen Begriff in die Claſſe Römiſcher Grillen verweiſen, und ſodann leuatis velis darüber hinweg eilen können. — Wenn ich aber behaupte, daß eines-

theils die ächte Theorie der Römiſchen Juriſten vom Urſprunge der Verbindlichkeit hin und wieder ſehr verkannt und gemißdeutet worden, anderntheils aber dem heutigen Syſtem unſerer Wiſſenſchaft nicht mehr anpaſſend ſei: ſo darf ich wol keinen Widerſpruch befürchten. Hiedurch bin ich bewogen, der Abhandlung von der natürlichen Verbindlichkeit eine vorläufige Berichtigung der gewöhnlichen Theorie von den Entſtehungsgründen und verſchiedenen Eintheilungen der Verbindlichkeiten überhaupt vorangehen zu laſſen.

Ob ich den Endzweck der gegenwärtigen Schrift erreicht habe? mögen die Kenner beurtheilen.

Bin ich einigen Leſern zu umſtändlich geweſen: ſo bitte ich zu erwägen, daß es hier darauf ankam, ein Lehrſyſtem, welches Jahrhunderte hindurch die angeſehenſten Vertheidiger gefunden hat, und noch findet, wankend zu machen.

Es geht in der gelehrten Welt in dieſem Stücke grade ſo, als in der moraliſchen. Peccata, ſchreibt der H. **Auguſtin****), quamvis

**) AUGUSTIN. Opp. Tom. VI. p. 227.

vis magna, *quum in consuetudinem* venerunt, aut parua, aut nulla creduntur; usque adeo, ut non solum non occultanda, verum etiam praedicanda videantur. Sic nostris temporibus multa mala ita in apartam consuetudinem venerunt, ut pro his non solum excommunicare aliquem laicum non audeamus, sed nec clericum degradare. Inusitata peccata sola exhorrescimus, usitata vero *saepe videndo* omnia tolerare, saepe tolerando nonnulla etiam facere cogimur. Eine Wahrheit, welche die Geſchichte aller Zeiten beſtätigt, und welche auch der Lehrer und Erzieher des undankbaren und grauſamen Nero in folgenden Worten, nur nicht ſo derbe, als der Kirchen Vater, vorträgt: Inter causas malorum nostrorum est, quod viuimus ad exempla, nec ratione componimur, sed consuetudine abducimur. Quodsi pauci facerent, nollemus imitari; quum plures facere coeperunt, quasi honestius sit quia frequentius, sequimur, et recti apud nos locum tenet error, ubi publicus factus est ***). Wer daher eine Lehrmeinung, eine Methode, die ihr gewiſſes Alter erreicht hat, und gleichſam herrſchend geworden iſt, anfechten will, dem kann

 man

***) *Luc. Ann.* Seneca Epist. 123.

man ſicher mit Menken ****) vorherſagen: Nec cenſor accuratus tibi deerit, nec calumniator iniquus. Die Sache ſelbſt macht alſo einen etwas ausführlichen Vortrag gleichſam zur Nothwendigkeit, wenn man ſeinen Zweck nicht verfehlen, ſondern den Leſer auf ſeine Seite lenken will.

Zum Beſchluſſe wünſche ich dieſem Buche eben die günſtige Aufnahme, deren das gelehrte Publicum meine bisherigen Arbeiten gewürdigt hat, und empfehle mich dem Wolwollen des geneigten Leſers beßtens. Roſtock, den 23. Febr. 1784.

A. D. Weber, Dr.

****) In praefat. addition. ad *G. A.* Struvii iurisprud. forens. p. 1.

Vorre-

Vorrede
zur zweiten Ausgabe.

Die Schrift von der natürlichen Verbindlichkeit iſt von gelehrten und Achtungswürdigen Männern mit einem Beifalle aufgenommen worden, der mir nicht anders, als äußerſt werth ſein kann, und den ich daher bei dieſer zweiten Ausgabe durch Verbeſſerung der erſten immer mehr zu verdienen geſucht habe. Wenigſtens bin ich bemühet geweſen, nicht allein durchgängig den Ausdruck mehr zu berichtigen, ſondern auch in der Sache ſelbſt das Buch theils durch nöthige Zuſätze, theils aber durch Abkürzungen, welche unbeſchadet der Sache geſchehen konnten, noch vollkommener zu machen. Durch dieſe letztern iſt beſonders der Vortheil erreicht worden, daß jene Vermehrung des Inhalts die

Bogenzahl nicht zu ſehr vergrößert hat. Mehrere angeſehene Rechtslehrer haben bereits in ihren Schriften die Grundſätze angenommen, welche in dieſem Buche gegen die ſonſt gemeine Meinung behauptet worden ſind. Beſonders gereicht es mir aber zum Vergnügen, meine Arbeit in Werken, die vorzüglich zum Unterrichte der Studirenden beſtimmt ſind, häufig zur weitern Nachleſe empfohlen zu ſehen. Dieß bewog mich vorzüglich, die Ordnung der Materien, und die Zahl der Paragraphen, nicht zu ändern, um die Allegationen der erſten Ausgabe für die zweite nicht ganz unbrauchbar zu machen. Nur bei den Materien, welche §. 10 — 18. vorkommen, habe ich mir eine kleine Abweichung von dieſem Geſetze erlauben müſſen. Wenn gleich übrigens der Gegenſtand der einzelnen Paragraphen an ſich mit der vorigen Ausgabe überein kommt, ſo wird man doch bei genauerer Vergleichung Manches jetzt anders bearbeitet, wenigſtens vollſtändiger ausgeführt, und überhaupt keinen Paragraphen ganz ohne alle Verbeſſerung finden. In jenem Betrachte

darf ich mich auf §§. 1. 2. 3. 8. 9. 10 bis 14. 22. 27. 30. 39. 40. 41. 45 und 46. 49. 54. 57. 58. 61. 71 und 72. beſonders in den Noten, ferner auf §§. 74. 80. 81. 83. 89 a 5. 101. 117 Note 9. 124. 128. beziehen; ohne im Uebrigen der kleinern Verbeſſerungen und Litterariſchen Zuſätze weiter zu erwähnen. Um das Buch deſto brauchbarer zu machen, hat der hieſige Herr Kanzlei-Advocat **Chriſtian Wolhard Stein** die Mühe übernommen, es mit einem vollſtändigen Regiſter und Verzeichniſſe der erklärten Geſetze zu verſehen. Wie ich den Fleiß, welchen der geſchickte Verfaſſer auf Beides verwandt hat, mit dem verbindlichſten Dank erkenne, ſo darf ich auch hoffen, daß dem Leſer auch dieſe Vermehrung der gegenwärtigen Ausgabe zum Wolgefallen gereichen werde. Roſtock, den 19ten März 1795.

Die

Die gegenwärtige **Dritte Ausgabe** unterſcheidet ſich von der vorigen durch kleine Berichtigungen des Ausdrucks und einige Zuſätze, die aber doch auch zum Beſten der Beſitzer der vorhergehenden Ausgabe, beſonders gedruckt ſind. Zur bequemern Nachleſe iſt die Zahl der Paragraphen auf jeder Seite mit bemerkt worden. Roſtock den 23ſten November 1799.

Druckfehler der den Sinn entſtellt.

Pag. 330. Zeile 3 von unten. Statt **richtig**, leſe man **nichtig**.

In=

Inhalt.

Vorläufige Berichtigung der Theorie von der Verbindlichkeit, und den verſchiedenen Arten derſelben überhaupt.

Begriff der Verbindlichkeit, §. 1. und 2 — Seite 1
Ueber die Eintheilung der Verbindlichkeiten in die gegen Gott, gegen uns ſelbſt, und gegen andere Menſchen, §. 3. — — — 8
Zweite Eintheilung der Verbindlichkeit in die natürliche, bürgerliche und vermiſchte, §. 4. — 8
Dritte Eintheilung in unmittelbare und mittelbare Verbindlichkeiten, §. 5. — — — 11
Theorie der Römiſchen Juriſten vom Urſprunge, und den Entſtehungsgründen der Verbindlichkeit, §. 6. 7. — — — — 12
Urſachen, wodurch ſie bewogen wurden, die Verbindlichkeiten ſo viel möglich auf Verträge und Verbrechen zu reduciren, §. 8. — — 14
Was es mit den Verbindlichkeiten quasi ex contractu eigentlich für eine Bewandniß gehabt hat? die gewöhnliche Erklärung iſt mit vielen Schwierigkeiten verknüpft; Verſuch einer genauern Entwickelung, §. 9. — — 17
Desgleichen von den ſogenannten quasi delictis. Fahrläſſigkeit iſt nicht der unterſcheidende Character derſelben, §. 10. — — — 28

Um

Um einen richtigen Begriff davon zu bilden, werden die Merkmale, welche den dahin gerechneten Fällen gemein ſind, angegeben, §. 11. Seite 32

Und durch genaue Beurtheilung der einzelnen Fälle ſelbſt näher erwieſen; 1) vom Richter, der aus Verſehen und Unwiſſenheit einem ſtreitenden Theile zu nahe gethan, §. 12. — 33

Von der wahren Urſache, warum die Unvorſichtigkeit des Arztes nicht eben ſowol, als diejenige des Richters, eine obligationem quasi ex delicto hervorgebracht, §. 13 — 18. — 38

2) Die übrigen Fälle, wo den Römiſchen Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden iſt, werden gleichfalls angeführt, und endlich der Begriff dieſer Art Verbindlichkeiten nach dem ächten Sinn des Römiſchen Rechts genau beſtimmt, §. 19. 20. — — 50

Vollſtändige Zergliederung des Römiſchen Lehrbegriffs von Entſtehungsart der Verbindlichkeiten überhaupt; §. 21. — — — 55

Von der obligatione ex variis causarum figuris, §. 22. — — — — 56

Die Theorie der Römiſchen Rechtsgelehrten iſt durch irrige Erklärungen und Zuſätze der Ausleger ungemein verwirret worden, §. 23. — 61

Dahin gehört 1) der consensus fictus bei den obligationibus qu. ex contractu. §. 24. — 62

2) und 3) Die Eintheilung der Verträge in wahre und Quaſicontracte, ingleichen der Verbrechen in wahre und Quaſidelicta, §. 25. und 26. — — — — 64

4) Das man zu den Verbindlichkeiten, welche quasi ex contractu, oder quasi ex delicto hergeleitet werden, weit mehrere Fälle hinzu-

gefügt hat, als die Römiſchen Geſetze ſelbſt da- hin gerechnet haben, §. 27. — — Seite 71

Der Römiſche Lehrbegriff iſt aber auch an ſich nicht von weſentlichen Fehlern frei, §. 28. — — 76

Wenigſtens unſerm heutigen Rechts-Syſteme gar nicht angemeſſen, §. 29. — — — 80

Abriß eines Plans, wornach die Materie von Entſtehungsart der Verbindlichkeiten ſchicklicher abzuhandeln iſt, §. 30. 31. — — 83

Nähere Erläuterung der unmittelbaren Verbind- lichkeit, §. 32 — 36. — — — 87

Wie auch der mittelbaren, aus Verträgen erlaub- ten und unerlaubten einſeitigen Handlungen, §. 37. 38. — — — — 92

Vierte Eintheilung der Verbindlichkeiten in voll- kommene und unvollkommene, §. 39. 40. — 95

Syſtematiſche Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Erſter Abſchnitt. Kurze Prüfung der gewöhnlichen Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Vorläufige Bemerkungen vom Verhältniß, Ge- brauch und Anwendung des Naturrechts in bürgerlichen Gerichten überhaupt — Gegen- ſtand dieſer Schrift — Bisherige Litteratur deſſelben, §. 41. — — S. 107

Abriß der gewöhnlichen Theorie, §. 42. — — 115

Von

Von den Fehlern derſelben, und zwar 1) von dem Mißbrauch der Eintheilung in vermiſchte und und bloß natürliche Verbindlichkeiten, §. 43. Seite 119

Die geſunde Vernunft verleugnet den Grundſatz, daß natürliche Verbindlichkeiten nur ſodann in bürgerlichen Gerichten für klagbar zu achten ſind, wenn ſie durch Vorſchrift der Geſetze zu dieſer Wirkung autoriſirt worden; §. 44. — — — — 123

Auch der Geiſt des Römiſchen Rechts; §. 45. 46. — 124

Auch das canoniſche Recht, und der heutige Gerichtsgebrauch, ja die tägliche Erfahrung, §. 47. — 134

II) Von der ſogenannten obligatione naturali reprobata, siue plane destructa, §. 48. — — 137

III) Von den Liebespflichten; §. 49. — — — 140

IV) Von der ſogenannten obligatione naturali haud reprobata; §. 50. — — — 144

V) Es genügt nicht, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung nur zum Theil eingeſchränkt worden iſt, bloß dahin beſtimmt wird, daß die Geſetze deshalb gar keine Klage, wol aber die übrigen Effecte zulaſſen; §. 51. — — — — 147

VI) Es iſt nicht zu billigen, daß in verſchiedenen Rechtsmaterien, welche unſtreitig hieher gehören, die natürliche Verbindlichkeit, und deren Verhältniß in foro ciuili gar nicht unterſucht, ſondern gewöhnlich übergangen wird §. 52. — — — — 152

Zweiter

Zweiter Abſchnitt. Vorbereitung zu einer vollſtändigen Theorie durch genaue Beſtimmung des Begriffs der natürlichen Verbindlichkeit, nach allgemeinen und beſondern Verhältniſſen.

Natürliche Verbindlichkeit im weiteſten Sinne; §. 53. — — — — Seite 155

Natürliche Verbindlichkeit im bürgerlichen Zuſtande; §. 54. — — — — 157

Natürliche Verbindlichkeit im ſtrengen Verſtande des Civil-Rechts; §. 55. 56. — — 168

Dritter Abſchnitt. Allgemeine Regeln vom Verhältniß der natürlichen Verbindlichkeit im bürgerlichen Zuſtande, dem gerichtlichen Effect derſelben, und mancherlei Einſchränkungen des Letztern.

Ob und in wie fern das Naturrecht durch bürgerliche Geſetze eine Abänderung leiden könne? §. 57. 58. — — — Seite 177

Allgemeine Regeln von der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten; §. 59. — — 192

Grundriß zur beſondern Abhandlung der einzelnen Fälle, wo die natürliche Verbindlichkeit nach Vorſchrift der bürgerlichen Geſetze entweder ganz wegfällt, oder in Gerichten nicht völlig wirkſam iſt; §. 60. — — — 194

Vierter Abſchnitt. Von natürlich erlaubten, jedoch bürgerlich verbotenen Rechtsgeſchäften.

Das bürgerliche Verbot einer natürlich erlaubten Handlung muß vor allen Dingen auſſer Zweifel geſetzt ſein, §. 61. — — Seite 196

Auf welche Geſetze hiebei Rückſicht zu nehmen? §. 62. — — — — 199

Ueber die Erklärung dieſer poſitiven Geſetze, §. 63. 64. — — — 203

Claſſification der einzelnen hieher gehörenden Fälle; Erſte Claſſe. §. 65. — — — 224

Zweite Claſſe. §. 66. — — — 231

Dritte Claſſe. §. 67. — — — 233

Von der natürlichen Verbindlichkeit in dieſen Fällen überhaupt; Barbeiracs Meinung. §. 68. — 239

Wird widerlegt. §. 69. — — — 245

Verſuch einer richtigern Beſtimmung. §. 70. — 248

Ueber die Controverſe der ältern und neuern Juriſten wegen der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen. §. 71. — — — 258

Ueber die natürliche Verbindlichkeit der Minderjährigen, in Rückſicht auf die Vorſchriften des Römiſchen Rechts. §. 72. — — — 277

Nach teutſchen Geſetzen und dem heutigen Gerichtsgebrauche. §. 73. — — — 288

Von

Von der Richtigkeit ſolcher Handlungen, die gegen verbietende Geſetze unternommen worden, und ob eine gültige Entſagung der letztern Statt finde. §. 74. — — Seite 291

Ob und in wie fern dasjenige, was zur Erfüllung verbotener Rechtsgeſchäfte gegeben oder bezahlt worden, wieder zurückgefordert werden könne? Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre. §. 75. — — — 302

Verſuch einer genauen Erörterung obiger Frage; die Zurückforderung iſt der Regel nach unzuläſſig. §. 76. — — — 312

Ausnahmen von dieſer Regel. §. 77. — — 322

Fünfter Abſchnitt. Von natürlich erlaubten, auch bürgerlich nicht verbotenen Rechtsgeſchäften, welche jedoch nach Vorſchrift des Civilrechts den völligen gerichtlichen Effect nicht hervorbringen.

Einleitung. §. 78. — — — Seite 331

Claſſification der einzelnen hieher gehörenden Rechtsgeſchäfte. §. 79. — — — 333

Der Regel nach ſteht es den Parteien frei, in ihren Privat-Angelegenheiten die Rechte und Verbindlichkeiten anders zu reguliren, als die poſitiven Geſetze es beſtimmet haben. §. 80. — 334

Erſte Claſſe; einzelne Fälle natürlicher Verbindlichkeiten, welche mit den bürgerlichen Beſtimmungen der Privat-Geſchäfte nicht übereinkommen, und darum den völligen gerichtlichen Effect nicht haben. §. 81. 82. — Seite 341

Ueber den heutigen Gebrauch dieſer Römiſchen Geſetze. §. 83. 84. 85. — — — 349

Zweite Claſſe; enthaltend diejenigen Fälle, wo das Perſönliche Verhältniß der Parteien überhaupt, und beſonders in ihrer gegenſeitigen Beziehung, eine gerichtliche Unwirkſamkeit natürlicher Verbindlichkeiten veranlaßt. §. 86. 87. 88. 89 a) — — — — 360

III) Einſchränkung des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten aus billiger Nachſicht gegen den Schuldner. §. 89 b) — — 376

Sechſter Abſchnitt. Erſtes Kapitel. Von den Vorſchriften des Civilrechts, wodurch der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird.

Gründe dieſer bürgerlichen Anordnung. §. 90. Seite 379

Ueber die natürliche Verbindlichkeit in ſolchen Fällen. §. 91. 92. 93. — — — 385

Fortſetzung; vorzüglich von dem Schuldner, der durch ungerechten richterlichen Ausſpruch losgeſprochen worden. §. 94. — — — 400

Zwei-

Zweites Kapitel. Allgemeine Beobachtungen zu dieſem und dem nächſt vorhergehenden Abſchnitte.

Nach welchen Geſetzen der Richter im Fall einer Colliſion der poſitiven Rechte verfahren müſſe? §. 95. — — — Seite 409

Einige Bemerkungen über Erklärung und Anwendung dieſer Geſetze. §. 96. — — 420

Nachtrag allgemeiner Bemerkungen über die Compenſation wegen bloß natürlicher, nicht klagbarer Verbindlichkeiten. §. 97. — — 424

Siebenter Abſchnitt. Von natürlichen Gewiſſenspflichten, oder den ſogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, welche durch poſitive Geſetze die Wirkung einer Zwangspflicht erhalten haben.

Einleitung. §. 98. — — Seite 429

Einzelne Fälle. §. 99. — — — 432

Nähere Beſtimmung des gerichtlichen Zwangsrechts. §. 100. — — — 436

Kurze Widerlegung verſchiedener Irrthümer. §. 101. 102. — — — 439

Achter Abſchnitt. Vom Pfandrechte, wegen bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten.

Einleitung. §. 103. — — Seite 452

1) Wann die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhört: ſo fällt auch das Pfandrecht weg; 2) Ueber die vermeinten Ausnahmen von dieſer Regel. §. 104. — — — 454

Von den Fällen, wo das Pfandrecht in dieſer Hinſicht der Regel nach gänzlich wegfällt. §. 105. 106. — — — — 458

Ueber das Pfandrecht, wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten im ſtrengen Verſtande des Civilrechts. §. 107. 108. — — — 463

Ueber die Wirkung des Pfandes nach eingetretener Praecluſion. §. 109. — — 470

Imgleichen nach abgelaufener Verjährung. §. 110. 111. — — — — 475

Neunter Abſchnitt. Ueber die Bürgſchaft in Anſehung einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit.

Einleitung. §. 112. — — Seite 482

Wenn die Hauptſchuld verbietenden Geſetzen zuwider; §. 113. — — — 484

Oder

Oder nicht völlig klagbar iſt. §. 114. 115. Seite 492

Ob der Bürge, welcher bezahlet hat, auf Entſchädigung dringen könne? §. 116. 117. — 505

Zehnter Abſchnitt. Ueber den Eid.

Einleitung. §. 118. — — Seite 516

Ueber die Wirkung des Eides bei Rechtsgeſchäften, die nach Vorſchrift der Civilgeſetze entweder ganz ungültig ſind, oder doch wenigſtens den völligen gerichtlichen Effect nicht haben. §. 119. 120. — — — 518

Die Vorſchriften des canoniſchen Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben. §. 121. 122. — — 529

Nach welchen Grundſätzen müßte eigentlich in proteſtantiſchen Gerichten die Sache behandelt werden? §. 123. — — — 536

Eilfter Abſchnitt. Ob und in wie fern Verträge und Rechtsgeſchäfte, die an ſich nicht völlig wirkſam ſind, durch das Conſtitutum und nachherige Genehmigung klagbar werden können?

Einleitung. §. 124. — — — Seite 543

Entwickelung und richtige Beſtimmung der Begriffe. §. 125. — — — Seite 547

Wirkung im Wege Rechtens. §. 126. 127. — 548

Zwölfter Abſchnitt. Von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit.

Einige Bemerkungen über die verſchiedenen Arten, eine Verbindlichkeit aufzuheben, in Rückſicht auf natürliche Verbindlichkeiten im ſtrengen Verſtande des Civilrechts. §. 128. — Seite 558

Vorläu-

Vorläufige

Berichtigung der Theorie von der Verbindlichkeit,

und den verſchiedenen Arten derſelben

überhaupt.

Vorläufige Berichtigung
der
Theorie von der Verbindlichkeit
und den verſchiedenen Arten derſelben
überhaupt.

§. 1.

Die Rechtsgelehrten geben von der Verbindlichkeit verſchiedene Begriffe [1]), denen es bald an Richtigkeit, bald an gehöriger Deutlichkeit fehlt. Die geſetzliche Definition, welche der Kaiſer Juſtinian in ſeinen Inſtitutionen vorträgt: Obligatio est vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendae secundum nostrae ciuitatis iura [2]), faßt den Gegenſtand nach ſeinem ganzen Umfang nicht in ſich — [3]), und ſoll eigentlich nur ſolche Verbindlichkeiten bezeichnen, welche bürgerlich wirkſam und klagbar ſind. Nach der richtigen Bemerkung eines ſehr competenten Urtheilers [4]) iſt dieß auch dem

1) C. F. Schott de notione obligationis, Tub. 1754, in Eiusd. Dissert. iur. natur.

2) *pr. I. de obligationib. Ern.* Tenzel de definitione legali obligationis. Erf. 1757.

3) Griebner proleg. iurisprud. natur. Cap. I. Glück Erläuter. der Pandect. 1. Th. §. 2.

4) Glück a. a. O.

ſtrengen Begriffe der Obligation im Sinne des Römiſchen Civilrechts allerdings gemäß, und eben hieraus zu erklären, wenn von natürlichen Verbindlichkeiten, die keine Klage wirken, geſagt wird, daß ſie nur uneigentlich — per abuſionem — obligationes genannt würden [5]); ſo auch wenn es in den Geſetzen heißt, daß die ſogenannten pacta nuda gar keine Verbindlichkeit, d. i. auf deren Erfüllung geklagt werden kann, ſondern nur eine Exception bewirken [6]); daß derjenige nur für einen Schuldner zu achten ſei, a quo inuito exigi pecunia poteſt [7]) u. d. m. In den Lehrbüchern des Naturrechts hieß es ſonſt auf gut ſcholaſtiſch: Obligatio eſt connexio motiuorum cum actionibus. Der Begriff war dunkel, und gab zu Schwierigkeiten in den Folgen Anlaß. Denn ſollen die Vorſtellungen des Guten und Böſen, wodurch wir zur Handlung beſtimmt werden, der Verbindlichkeit ſelbſt Daſein und Weſen ertheilen; wie ſchwankend wird es um die ganze Sache ausſehen, weil dieſe Motiven natürlich den unzähligen Veränderungen unterworfen ſind, welche das beſondere Verhältniß und eigene Denkungsart eines jeden Individuums mit ſich bringt. Sie können zwar die Erfüllung einer ſchon vorhandenen Verbindlichkeit bewirken, allein was dazu antreibt, und mehr thun doch die Motiven wirklich nicht,

5) L. 16. §. 4. D. *de Fideiuſſorib.*
6) L. 7. §. 4. D. *de pact.*
7) L. 108. D. *de Verbor. ſignif.*

nicht, von dem kann ich noch nicht ſagen, daß die Obligation ſelbſt dadurch hervorgebracht werde, und ihr Weſen daraus ableite. Freilich iſt jener Begriff der Verbindlichkeit die Folge gewiſſer von Zeit zu Zeit allgemein angenommener Grundſätze des Naturrechts, da man das ſogenannte Princip der Selbſtliebe, oder auch des Gemeinbeſten und der Glückſeligkeit der Menſchlichen Geſellſchaft überhaupt, als den höchſten Beſtimmungsgrund freier Handlungen behauptete; obgleich das erſtere bei der unleugbaren individuellen Verſchiedenheit der Neigungen der Menſchen keine allgemeinen, alſo gar keine Geſetze, am wenigſten aber für freie Handlungen gewähren kann, das Zweite aber ſchon darum untauglich iſt, weil es ſich auf einen ſehr unbeſtimmten Gegenſtand beziehet, ja in der That nicht nur für das eigentliche Naturrecht, ſondern auch für Staats- und Völkerrecht zerſtörend iſt. Freilich kann der Fürſt in ſolchen Grundſätzen ungemein leicht ſeine Rechtfertigung finden, wenn er zum gemeinen Beſten von den Grundverträgen einſeitig abgeht, der Staatsbürger, wenn er nach dem Glückſeligkeitsprincip ſich gegen die Regierung empört, jeder Stand, wenn er dem andern erworbenes Eigenthum und Rechte entziehen, jedes Volk, wenn es ſich in die eignen Angelegenheiten des andern miſchen will, und wenn man ſich mit Mahomet befugt glaubt überall irrige Meinungen ausrotten, und Andere auch

wider ihren Willen zu geſundern Begriffen bekehren zu dürfen [8]). Gebauer ſagt: Obligatio est inclinatio voluntatis per metum [9]). Es kann nicht fehlen, wenn man die einzelnen Verbindlichkeiten durchgehet, daß man nicht auf manche ſtoßen ſollte, wo es offenbar lächerlich ſein würde, ſie eine inclinationem voluntatis per metum nennen zu wollen. Die Furcht für üble Folgen giebt freilich ein Mittel, auch denen, welche ſonſt vielleicht geneigt ſein dürften, ihrer Obliegenheit keine Erfüllung zu geben, wie man ſagt, den Willen zu machen. Allein ſie iſt weder ein weſentliches Merkmal der Verbindlichkeit, noch das wahre Fundament derſelben, und gehört folglich gar nicht hieher, wo gefragt wird: was iſt Verbindlichkeit? nicht: wodurch wird deren äußere Erfüllung geſichert?

§. 2.

Wenn wir uns unter Geſetzen überhaupt Regeln zu gedenken haben, welche unſern freien Handlungen zur Richtſchnur dienen [1]), ſo ergiebt ſich die Idee der Verbindlichkeit von ſelbſt. Jene Regeln unſerer freien Handlungen beſtimmen Einmal was wir thun, oder unterlaſſen

8) Heydenreich Syſtem des Naturrechts I. 121. Schaumann wiſſenſchaftliches Naturrecht §. 164. Reinhold Briefe über die Kantiſche Philoſophie II. 86.

9) Ord. institut. Lib. I. tit. 2. §. 2. THOMASIUS Fundam. jur. nat. et gent. Lib. I. c. 4. §. 60. PRAGMAN Exercitat. 2. iurisprud. nat. §. 7.

1) Lex est recti praeceptio, prauique depulsio. CICERO de nat. deor. Lib. 2.

unterlaſſen **können**, mit dem Unſrigen vornehmen, von Andern fordern **dürfen** — ꝛc. ꝛc. daher **Rechte, Befugniſſe** — iura; Zweitens, was wir thun oder unterlaſſen **ſollen**, Andern zu leiſten haben ꝛc. ꝛc. — daher **Verbindlichkeiten** — obligationes [2]); dieſe moraliſche Nothwendigkeit, etwas zu thun, oder zu unterlaſſen, iſt alſo Verbindlichkeit. Nach der allgemeinen Bedeutung, worin hier das Geſetz genommen wird, und worin es ſowol das natürliche, als das bürgerliche Recht in ſich ſchließt, kann ich mit denen in keine Controverſe gerathen, welche es unrichtig finden, wenn der Grund aller Verbindlichkeit auf Geſetze zurückgeführet wird [3]). Daß übrigens nur in Anſehung freier Handlungen, und ſolcher, die ſich auf Freiheit beziehen, eine Verbindlichkeit ſtatt findet, — daß ſie keine abſolute Nothwendigkeit mit ſich führt, — ſich auf unmögliche Dinge nicht erſtrecken kann, — alles dieſes ſind weſentliche Folgen aus dem Begriff der Verbindlichkeit, und des Geſetzes, weil dieſes nur moraliſchen Handlungen, das ſind die ſich auf Freiheit gründen, eine Richtſchnur ſein kann und ſoll.

2) Hufeland Lehrſätze des Naturrechts, §. 2. Nach dieſer Vorſtellungsart führt auch das ſogenannte Permiſſivgeſetz keinen Widerſpruch mit ſich. Die Lehrer des Naturrechts ſtreiten bekanntlich darüber. Höpfner Naturrecht §. 11.

3) von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit, pag. 17.

§. 3.

Die Lehrbücher enthalten eine Menge Eintheilungen der Verbindlichkeit, welche man gröſstentheils durch das Reſultat folgender Fragen herausbringt: 1) Wem bin ich verbindlich? 2) In welchem Geſetz gründet ſich meine Verbindlichkeit? 3) Wie iſt ſie daraus entſtanden? 4) Welche Wirkung hat ſie? — I. Die Eintheilung der Verbindlichkeiten in die gegen Gott, gegen uns ſelbſt, und gegen andere Menſchen, war zum wenigſten im Naturrechte nicht ganz Zweckmäßig, weil dieſes nur die Zwangspflichten zum Gegenſtande hat. **Reinhard** tadelte den Ausdruck: Pflichten gegen uns ſelbſt, weil niemand ſein eigner Schuldner ſein kann, und verwarf übrigens die ganze Eintheilung als logiſch unrichtig, da er, als eifriger Vertheidiger des **Cruſianiſchen** Syſtems, alles Gute oder moraliſch Nothwendige einer Handlung aus dem Willen Gottes, als dem erſten Princip herleitete, und die Pflichten gegen Gott als den einzigen Hauptgrund aller andern Pflichten anſah [1].

§. 4.

II. Die Verbindlichkeit gründet ſich entweder in dem

Rechte

1) A. F. **Reinhard** Sammlung juriſtiſcher, philoſophiſcher, und kritiſcher Aufſätze, ſiebentes Stück, p. 49 — 53; dagegen aber verdienen **Garve** in den Anmerkungen zu Payleys Grundſätzen der Moral und Politik, II. 485. **Heydenreich** Syſtem des Naturrechts, I. 127; wie auch **Moſes Mendelsſohn** Ueber religioſe Macht und Judenthum, nachgeſehen zu werden.

Rechte der geſunden Vernunft, in den Geſetzen, welche wie der Apoſtel ſagt, dem Menſchen ins Herz geſchrieben ſind, dergeſtalt, daß ſie auch ohne Vorſchrift der bürgerlichen Geſetze vorhanden ſein würde — oder nicht, ſondern ein poſitives Recht iſt der Grund und die Quelle derſelben. Im erſten Fall iſt eine natürliche Verbindlichkeit überhaupt, im zweiten eine bürgerliche, obligatio ciuilis, vorhanden. Sehr oft wird in bürgerlichen Geſetzen wiederholt, was ſchon natürlichen Rechtens war. Daher die vermiſchte Verbindlichkeit, obligatio mixta, und die Eintheilung der Obligation überhaupt in mere naturalem, mere positiuam, et mixtam, welche zwar von einigen verworfen wird [1]), die ſich aber im Ganzen, wie der Augenſchein ergiebt, ſehr gut vertheidigen läßt. Nur muß man ſich für den Fehler ſorgſältig hüten, welchen zumal die ältern Juriſten häufig begingen, daß man bei Beſtimmung des gerichtlichen Effects einer Verbindlichkeit, jene Eintheilung als weſentlich zum Grunde legt, wovon jedoch unten ein Mehreres. Ueberflüſſig wird es hoffentlich Niemand finden, wenn in den bürgerlichen Geſetzbüchern vieles aus dem natürlichen Rechte angetroffen wird. Denn da die Menſchen ſelbſt in Anſehung des Naturrechts, nicht überall einerlei Begriffe und Meinungen hegen; da es auch hier ſo viele zum Theil ſehr wichtige Streitfragen

1) Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts, Th. I. p. 85.

giebt, daß es an Materie nicht fehlen würde, wenn Jemand für die natürliche Jurisprudenz das werden wollte, was Cocceji und Walch für das Römiſche Recht geworden ſind; da es allemal bedenklicher iſt, wenn Wol und Wehe der Staatsbürger der alleinigen, oft nicht freien, oft ſehr beſchränkten Einſicht des Richters überlaſſen iſt, als wenn klare geſetzliche Vorſchrift die Entſcheidung beſtimmt, ſo iſt leicht zu erachten, wie wenig der Geſetzgeber ſeinen Endzweck erreichen würde, wenn er Nichts, als poſitive Anordnungen im eigentlichen Verſtande, in ſein Geſetzbuch aufnehmen, und nur da anfangen wollte, wo, ſeiner Meinung nach, das Naturrecht aufhöret [2]). Daß aber die Verbindlichkeit darum nicht aufhört, eine natürliche zu ſein, weil ſie im Civilrecht gleichfalls vorgeſchrieben iſt; — daß ſie durch dieſe Wiederholung ihre innere Kraft und Wirkung nicht verliert, — daß folglich derjenige, dem die Unwiſſenheit des bürgerlichen Rechts zu Gute kommt, ſich in Anſehung ſolcher

2) Leges enim naturales, licet ex recta ſibique conſtante, et nunquam mutabili ratione concipiantur, haud raro tamen homines praeiudiciis corrupti erronee illas ſibi fingunt: et inde ſi negotiis ſolis adhiberentur decidendis, omne fere ius a ratiocinio iudicis haud raro erroneo, interdum quoque ſpe commodorum non libero et recto immo praeiudiciis, odio, et fauore corrupto penderet. Hellfeld de fontibus iuris, quo illuſtres utuntur, §. 40. diſſert. praelim. ad Struvii iurisprud. heroic. Tom. I. p. 31.

ſolcher Vorſchriften, die ſchon natürlichen Rechtens ſind, nicht damit entſchuldigen kann [3]); daß endlich das ius poſitiuum qua tale ſein Anſehen und Gültigkeit verlieren kann, dadurch aber alles, was aus dem Naturrechte darin aufgenommen worden iſt, nicht gleichfalls unverbindlich wird [4]), — ſind Wahrheiten, die keines Beweiſes bedürfen, von denen wir aber in der Folge oft Gebrauch zu machen, Gelegenheit haben werden.

§. 5.

III. Die Verbindlichkeit fließt aus Geſetzen entweder unmittelbar, ohne daß derjenige, dem ſie obliegt, ſich erſt durch eine beſondere Handlung ſolche zugezogen hätte, oder nicht, ſondern ſie ſetzt ein factum voraus, welches die geſetzliche Nothwendigkeit hervorbringt. Jenes nennt man **unmittelbare**, dieſes **mittelbare** Verbindlichkeiten. Das factum obligatorium wird in den Lehrbüchern gewöhnlich auf zwei Hauptclaſſen zurückgeführt: Erlaubte — und unerlaubte Handlungen. Erſteres, ſagt man, ſind Verträge,

3) Ioh. Voet Comment. ad pandectas Lib. XXII. Tit. VI. §. 1. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1188.

4) Welchen Einfluß dieſe Bemerkung auf die Beſtimmung des heutigen Gebrauchs des Römiſchen Rechts habe? iſt in meinen Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römiſchen Rechts. Schwerin und Wismar 1782. pag. 46. ſequ. mit mehrerem gezeigt worden.

träge, letzteres Verbrechen. Daher die bekannte Regel, welche den Grund aller mittelbaren Verbindlichkeit in ſich faſſen ſoll: omnis obligatio oritur vel ex pacto vel ex delicto. Da man aber in der Folge das Unzulängliche dieſer Regel ſehr bald wahrnahm, ſo fand man kein Bedenken, die facta, welche zu keiner von beiden erwähnten Quellen gehören, durch Hülfe der Fiction bald der einen, bald der andern beizuzählen. Anſtatt daß man das ganze Gebäude hätte einreiſſen und von vorne anfangen ſollen, hielt mans gerathener, durch gänzlich regelloſe Anhänge es noch mehr zu verunſtalten. „Wer durch erlaubte Handlungen, die keine Verträge ſind, verbindlich wird, „bei dem fingiren die Geſetze, daß er einen Vertrag „geſchloſſen habe. — Und wenn aus unerlaubten „Handlungen, die jedoch keine Verbrechen ſind, eine „Verbindlichkeit entſtehet, ſo rührt dieß daher, weil „die Geſetze ein eigentlich nicht vorhandenes Verbrechen als wirklich geſchehen annehmen.“ Auf dieſem Wege ſind zwei Abſurditäten der erſten Größe in unſere Wiſſenſchaft eingeführt worden, der Quaſicontract und das Quaſidelictum.

§. 6.

Ungeprüfte Annahme der im Römiſchen Recht enthaltenen Lehrſätze, mit unter aber auch eine höchſt unrichtige Erklärung derſelben, war unſtreitig die erſte Veranlaſſung dieſer ſeltſamen Lehre. Der Kaiſer

Juſti-

Juſtinian beſtimmt in ſeinen Inſtitutionen [1]) den Entſtehungs-Grund der Verbindlichkeit dahin: obligationes aut ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu, aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Nicht gänzlich ſo der Juriſt **Gajus** [2]): Obligationes aut ex contractu ſunt, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris. Noch anders aber und zwar ſehr umſtändlich **Modeſtinus** [3]): Obligamur, aut *re*, aut *verbis*, aut ſimul utroque, aut *conſenſu*, aut *lege*, aut *iure honorario*, aut *neceſſitate*, aut ex *peccato*.

§. 7.

Daß dieſe Theorie des Römiſchen Rechts vom Urſprunge der Verbindlichkeit nicht allein beim erſten Anblick hin und wieder ſehr dunkel, ſondern auch in manchem Betrachte mit vielen Schwierigkeiten verknüpft ſei, iſt nicht zu leugnen; daß ſie aber auch in der That von weſentlichen Fehlern nicht frei zu zählen, und überhaupt unſerm gangbaren Rechtsſyſteme nicht mehr angemeſſen ſei, hoffe ich in der Folge beweiſen zu können. Die Methode, wonach man in den gewöhnlichen Lehrbüchern die Sache vorzutragen pflegt, iſt darin zu tadeln, daß man zwar in Einem Betrachte [1]) ſich

1) §. *ult. I. de Obligat.*
2) *L.* 1. *D. de O. et A.*
3) *L.* 52. *D. Eod.*

1) Bei der Lehre von ſimpeln Verträgen und Contracten.

ſich von den Feſſeln der Römiſchen Subtilitäten los gemacht, das übrige aber [2]) unter allerhand unrichtigen Zuſätzen beibehalten [3]), und dadurch die Sache in noch größere Verwirrung geſetzt hat [4]). Ich glaube, daß dieſer Unſchicklichkeit nicht anders abzuhelfen iſt, als wenn man vor allen Dingen den wahren Sinn jener Römiſchen Theorie hinlänglich ins Licht ſetzet, ſolche von den fehlerhaften Zuſätzen der Ausleger reiniget, dann das Unanwendliche derſelben in ihrem völligen Umfange darthut, und endlich die ganze Materie auf Grundſätze zurückführt, welche mit der Wahrheit, und dem heutigen Syſteme der Jurisprudenz in keinem Widerſpruch ſtehen.

§. 8.

Um die Römiſchen Juriſten nach ihrer wahren Abſicht zu beurtheilen, müſſen wir vorläufig bemerken, daß ſie eigentlich nur in Beziehung auf das ius in personam von der Obligation zu reden gewohnt ſind; daher auch in den Titeln de obligationibus nicht ſowol von Verbindlichkeiten überhaupt, nach den Begriffen,

2) Bei dem ganzen Inbegriff von Verbindlichkeiten, die weder aus Verträgen noch aus unerlaubten Handlungen, ſondern, theils aus Geſetzen unmittelbar, theils aus erlaubten einſeitigen Handlungen entſpringen.

3) Ratio hodie cessat, nec tamen desistimus a conclusionibus iuris romani, quas ex ignorantia verarum rationum in praxin deducimus. I. H. Böhmer de actionibus. II. VIII. 53.

4) v. Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit. p. 141. ſeq.

griffen, die wir mit dem Ausdrucke verbinden, ſondern nur von Perſönlichen Rechten gegen ein gewiſſes Subject gehandelt wird; ob man gleich im Allgemeinen Verſtande allerdings auch andern vermöge ihres Dinglichen Rechts verbunden ſein kann [1]). Hiernächſt iſt, wie der Augenſchein ergiebt, in den oben angeführten Geſetzen nur die Quelle ſolcher Verbindlichkeiten angegeben, welche wirklich in Gerichten eine Klage hervorbringen. Da nun dieſe aus Verträgen an ſich nicht entſtand [2]), ſo iſt kein Wunder, daß man die Hauptſumme der bürgerlich vollkommenen Verbindlichkeit, da wo keine unerlaubte Handlung vorlag, auf Contracte reducirte. Hiezu war ein doppelter Anlaß. Einmal iſt nicht zu leugnen, daß der erſte grobe Begriff vom Urſprunge der Verbindlichkeiten wirklich dahin geht: Niemand iſt berechtigt von mir etwas zu for-

1) Im §. 1. I. *de Act.* heißt es: Agit unusquisque aut cum eo, *qui ei obligatus est*, aut cum eo agit, *qui nullo iure ei obligatus est*; quo casu proditae actiones in rem sunt. Huber ad Inst. Tit. de obligat. verb.: Obligatio est vinculum inter duos; vinculum, quo debitor et creditor inter se coniunguntur; adeoque duabus constat partibus, iure creditoris et onere debitoris, illud *ius* ad rem vulgo dicitur, hoc specialiter obligatio. Höpfner theoret. prakt. Commentar, §. 725. Hugo Civil. Magazin I. 126; und Inſtitut. des heutigen Röm. Rechts, §. 31. Staatswiſſenſchaftliche und juriſtiſche Litteratur von Kretſchmann und Völderndorf. April. 1795. p. 525.

2) L. 6. 7. §. 1. et 4. D. *de pactis*. L. 3. C. *de rer. permut.*

fordern, wofern ich nicht entweder ihm freiwillig dieſes oder jenes ſelbſt verſprochen, oder durch unerlaubte Handlungen mich zur Entſchädigung verbindlich gemacht habe. Die beſondere Denkungsart der Nation kam zweitens hinzu. So hoch die Begriffe des Römiſchen Bürgers von ſeiner Freiheit waren, ſo unerträglich ſchien ihm der Gedanke, daß ein Bürger über den andern ſich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der letztere ſich freiwillig dazu anheiſchig gemacht, oder ein verbietendes Geſetz übertreten hätte. Dieß gab dem ganzen Inbegriff ihrer Rechtsgeſchäfte die Form, daß faſt alles in Verträge eingekleidet, und der Contract gleichſam der Grundſtoff aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten ward [3]). Selbſt das gerichtliche Verfahren blieb hievon nicht ausgeſchloſſen [4]). Die Liscontestation geſchah durch einen feierlichen Contract, und der iudex pedaneus ward der Regel nach durch Vereinbarung der Parteien erwählt [5]). Bei einem Volke,

3) *Ant.* Schulting in notis ad Gaii Inst. Lib. 2. Tit. 9. pr. n. 4. in iurisprud. Anteiust edit. Ayrer. p. 144. Meister de in factum action. §. 6.

4) Malblanc doctrina de iureiurando, Norimb. 1781. §. 39. pag. 106.

5) Cicero pro A. Cluentio cap. 43. verb.: Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter aduersarios conuenisset.

Volke, deſſen Abneigung gegen alle Oberherrſchaft bis zur Ausſchweifung ging, kann uns dieß alles nicht weiter befremden [6]). Deſto leichter läßt es ſich erklären, warum die Form der außergerichtlichen Geſchäfte faſt durchgängig auf Contracten beruhete, wenn gleich die Handlung an ſich ſolches gar nicht erforderte. Daher die Teſtamente per aes et libram [7]), die emancipatio legitima per imaginarias venditiones et manumiſſiones [8]) u. d. m. Die Rechtsgelehrten handelten der Denkart des Volks gemäß, indem ſie den Geſchäften eine ſolche Einrichtung gaben, damit überall, wo es darauf ankam, daß der Bürger ſeines bisherigen Rechts ſich entäußern, ſolches auf einen andern bringen, oder Jemandem verbindlich werden ſollte, ein von ihm ſelbſt geſchloſſener Contract den Grund dazu hergeben mußte.

§. 9.

Die Urſache, wodurch die Römiſchen Juriſten bewogen wurden, die Form der Rechtsgeſchäfte ſo einzukleiden, daß ſolche, ſo viel nur möglich, auf Contracten, welche freilich oft nur zum Scheine angebracht wurden, beruhen möchten, haben wir im vori-

6) Heineccius in orat. de iurisprudentia formularia, §. 13. *Burch. Christ.* de Behr diſſert. de action. doli mali, Cap. 2. §. 4.

7) §. 1. *I. de testament. ordinand.* Gellius Noct. att. Lib. 15. cap. 27.

8) Gaius Lib. 1. Inſtitut. tit. 8. Ulpianus tit. 10.

gen §. gezeigt. Nun fragt ſich, was es mit den beſondern Verbindlichkeiten quasi ex contractu, und quasi ex delicto eigentlich für eine Bewandniß gehabt habe? „Noch Niemand hat, wie ein gewiſſer „Schriftſteller ſich ausdrückt, einen diſtinctiven Cha„racter dieſer Amphibien angeben können, das heiſt „einen Character, welcher alle Negotien, die im Rö„miſchen Geſetzbuche mit dem Nahmen der Q. C. und „Q. D. belegt werden, einſchlöſſe, und alle übrige „Negotien, die nicht damit belegt werden, ausſchlöſ„ſe [1].“ Wahr iſt es, die Begriffe, welche man in den Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts hievon antrifft, ſind mit vielen Schwierigkeiten verknüpft; weil ſie ihrem Umfange nach unendlich mehrere Fälle in ſich faſſen, als die Geſetze ſelbſt unter dieſen Rubriken aufzählen; daher ein reichhaltiger Stoff rechtlicher Streitigkeiten, indem faſt jedes Compendium die Anzahl der ſogenannten Quaſicontracte und Q. D. verſchiedentlich angiebt. Den eigentlichen Anlaß zu dieſer Verwirrung glaube ich darin ſetzen zu können, weil 1) das Römiſche Geſetzbuch ſelbſt keine beſtimmte Erklärung dieſer Gattungen der Verbindlichkeit liefert, ſondern ſich bloß begnügt, einzelne, dahin gerechnete Fälle anzuführen; dieſe beſondern Fälle aber 2) von den Rechtsgelehrten nicht genau und vollſtändig genung

1) Juriſtiſche Abhandlungen und Beobacht. von Dr. Neurer, Erſte Samml. Leipz. 1780. pag. 18. Not. *.

nung unterſucht worden ſind, um die Eigenſchaften, wodurch ſie eine eigene Claſſe von Rechtsgeſchäften formiren, in das gehörige Licht zu ſetzen. Man hat ein Paar Merkmale, worin jene Fälle übereinkommen, hinreichend gehalten, um daraus ſogleich den ganzen Begriff in ſeinem wahren Umfange ableiten zu können. So haben z. B. die ſogenannten Q. C., welche man im Römiſchen Geſetzbuche antrifft, freilich das mit einander gemein, daß a) keine unerlaubte Handlung dabei vorliegt, aber auch b) kein Contract; wol aber c) ein erlaubter Vorgang, woraus nach Vorſchrift der Geſetze, eine Verbindlichkeit entſpringt, ſo auch harmoniren die ſogenannten Q. D., welche nahmentlich in den Geſetzen aufgeführt ſind, darin, daß ſie zwar a) eine unerlaubte Handlung vorausſetzen, deren ſich jedoch b) derjenige, welcher dafür haften ſoll, nicht mit Vorſatz ſchuldig gemacht hat. Da man nun nicht für gut gefunden hat, tiefer in die Materie einzudringen, und ſich um mehrere Merkmale zu bekümmern, ſo hat man es bei folgenden Begriffen bewenden laſſen. Quaſicontractus ſunt facta honeſta, quibus et ignorantes obligantur, quaſi contraxiſſent, oder, wie die mehrſten noch hinzuſetzen, ex conſenſu ficto, ſiue praeſumto. — — Ferner: Quaſidelicta ſunt facta illicita, ſola culpa, ſine dolo admiſſa. Nimmt man dieſe Begriffe als richtig an: ſo muß man auch natürlich die Folge gelten

laſſen, daß überall, wo die Verbindlichkeit aus erlaubten Vorfällen entſpringt, jedoch kein Contract unter den Parteien getroffen worden, ein ſogenannter Quaſicontract, und überall, wo eine ſtrafbare Handlung aus Fahrläſſigkeit verübt worden, ein ſogenanntes Quaſidelictum vorhanden ſei. Allein hiebey geräth man ſichtlich mit den Geſetzen ſelbſt ſehr ſtark in Colliſion, weil ſolche nur eine gewiſſe Anzahl von Rechtsfällen zu den erwähnten Claſſen rechnen, welche im Gegenhalt der übrigen Fälle, die nach dem gemeinen Lehrbegriff gleichfalls dahin gehören, äußerſt geringe iſt [2]). Es hat freilich Rechtsgelehrte gegeben, welche nichts deſto weniger außer den im Römiſchen Geſetzbuche wirklich genannten Fällen, keine Q. C. und Q. D. zugeben wollen [3]), jedoch in Vorausſetzung jener Begriffe, welche ſie ebenfalls annehmen, ſehe ich keine Rettung für ihre Lehre ab. Fühlbar wird und muß es inzwiſchen einem jeden unbefangenen Beurtheiler ſein, daß, wenn die Geſetze ſelbſt nur fünf

2) Nach den gewöhnlichen Begriffen muß man alle und jede aus Fahrläſſigkeit begangene Verbrechen zu den ſogenannten quasi delictis zählen. Welch ein Umfang in Vergleich mit den wenigen Fällen, welche das Römiſche Geſetzbuch dahin rechnet. Mit den ſogenanten Quſicontracten geht es eben ſo. Alles dieſes wird ſich unten §. 24. u. folg., wo man die vorzüglichſten Fehler der Ausleger beſonders durchgehen wird, noch deutlicher ergeben.

3) I. O. WESTENBERG Diss. II. de causis obligat. cap. 3. §. 20 ſequ.

fünf Fälle der Verbindlichkeiten quasi ex contractu, nur vier quasi ex delicto angeben, die Ausleger hingegen ſolche Anzahl bald mit dieſem bald mit jenem Falle vermehren, bei welchem doch die Geſetze ſelbſt jene Charaktere gar nicht gebrauchen, daß man, ſage ich, in dieſer Sache die gänzliche Gewißheit noch nicht erreicht haben müſſe; und daß man folglich alle Urſache habe, gegen den gewöhnlichen Begriff mistrauiſch zu werden. Läßt ſich eine Idee ausfindig machen, wornach die Q. C. und Q. D. lediglich auf die geſetzliche Anzahl beſchränkt bleiben: ſo iſt ſolche allerdings den bisherigen Erklärungen vorzuziehen. Ich habe den Verſuch gemacht, die Fälle, welche der Römiſche Geſetzgeber ausdrücklich angiebt, von allen Seiten ſorgfältig zu prüfen, und aus allen Kriterien derſelben einen Begriff zu abſtrahiren, dem ich jene Eigenſchaft verſprechen dürfte. Ich meine, in beiden Claſſen der Verbindlichkeit Merkmale gefunden zu haben, welche zum Theil dem Forſchen der bisherigen Ausleger ganz entgangen, zum Theil aber nicht gehörig von ihnen genutzet ſind. Wir wollen mit den ſogenannten Quaſicontracten den Anfang machen. Bekanntlich rechnen die Römiſchen Geſetze folgende Rechtsfälle dahin: 1) die nützliche Verwaltung fremder Geſchäfte ohne Auftrag des Principals; 2) die Führung einer Vormundſchaft; 3) den Betrieb gemeinſchaftlicher Angelegenheiten außer dem Socie-

tätscontract, und ohne Auftrag der Mitintereſſen- ten; 4) die Antretung der Erbſchaft in Rückſicht auf die Vermächtniſſe; 5) den Empfang einer Nichtſchuld. Daß dieſe Geſchäfte in folgenden Stücken mit einander übereinkommen, ergiebt der Augenſchein. 1) Schon nach der natürlichen Billigkeit entſpringt daraus eine vollkommene Verbindlichkeit. 2) Kein Theil hat dem andern ausdrücklich etwas verſprochen. 3) Vielweniger iſt durch Worte oder Handlungen eine wechſelſeitige Einwilligung erklärt worden. 4) Die Errichtung eines wirklichen Vertrags iſt unter den angenommenen Umſtänden zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, ſondern auch zum Theil nach vorausgeſetzter Beſchaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Alles dieſes iſt freilich bekannt genug, und bereits von meinen Vorgängern in den Begriff übertragen worden. Nicht gänzlich ſo das folgende Kriterium. 5) Die Verbindlichkeit entſpringt hier aus Verhältniſſen, welche im Ganzen doch etwas Analogiſches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenſtand der Verträge iſt, wobei wenigſtens ſonſt, nach beſondern Grundſätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird, und ſie ward daher in den genannten Fällen von den Römiſchen Juriſten gleichſam als Ausnahme von der Regel betrachtet. Ich kann dieſes am beſten dadurch erläutern, wenn ich nunmehr die einzelnen Fälle ſelbſt in

ſolcher Hinſicht etwas näher betrachte. Den Verwalter fremder Geſchäfte, ohne Auftrag des Principals — den Vormund — und denjenigen, welcher gemeinſchaftliche Angelegenheiten ohne Auftrag der Mitintereſſenten beſorgt hat — können wir füglich mit einander verbinden. Daß die vier erſten Kriterien, welche wir oben angemerkt haben, hier ſämtlich zutreffen, iſt auffallend, bedarf alſo keiner weitern Erklärung; aber auch von dem fünften iſt ſolches außer Zweifel. Die Geſchäfte eines andern verwalten — und das thut eine jede der genannten Perſonen — erfordert der Regel nach einen Auftrag desjenigen, deſſen Geſchäfte betrieben werden. Wer ſich ohne meinen Willen in meine Angelegenheiten miſcht, handelt der Regel nach ungültig, und ich bin durch ſein Unternehmen nicht verbunden. Wie aber, wenn er als Vormund, zu einer Zeit, da ich noch nicht contrahiren, noch keinen Auftrag ertheilen konnte, mein Intereſſe wahrnimt, wenn er, da ich abweſend war, und Gefahr lief, an dem Meinigen Schaden zu leiden, ſich meinen eigenen, oder gemeinſchaftlich mit ihm habenden Angelegenheiten unterziehet? In dieſen Fällen, wo die Parteien wirklich in einem ähnlichen Verhältniſſe, als mandans und mandatarius, und reſp. als eigentliche ſocii ſtehen, ſoll auch, nach Vorſchrift der Geſetze, eine Rechtsverbindlichkeit Statt finden, gerade als ob ein wirklicher Auftrag ertheilt, eine

wirkliche Societät errichtet wäre, ob ſchon dergleichen weder ausdrücklich noch ſtillſchweigend, gegeben oder geſchloſſen worden. — Denken wir uns ferner die Verbindlichkeit des Erben in Anſehung der Vermächtniſſe und Fideicommiſſe: So werden wir auch dabei ein Gleiches antreffen. Der Erbe tritt zwar in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verſtorbenen, und ſtellt den Letztern vor. Allein eben weil dieſer den Legatarien nichts ſchuldig war: ſo konnte ihnen jenes auch gegen den Erben keinen Anſpruch geben. Die Rechtsgelehrten fanden alſo in der Geſetzlichen Vorſchrift, daß die Antretung der Erbſchaft, welche der Erbe eigentlich ſeinentwegen unternahm, auch den Legatarien zum Beſten gereichen, und ihnen ein Recht an den Nachlaß geben ſollte, eine Abweichung von der Regel des Civilrechts, eine Wirkung, die nach dieſer Regel vielmehr einen Contract des Erben, als den Grund ſeiner Verbindlichkeit vorausſetzte, ohne welchen durch einen dritten freien Mann eigentlich kein Recht erworben werden konnte. Die Vorſchrift der Geſetze trat hier an die Stelle des Contracts, und gründete zwiſchen den Parteien ein Verhältniß, welches den Erben gleichſam als Bevollmächtigten der Legatarien darſtellte. Die Erinnerung an die ältere Art zu teſtiren kam hiezu. Die Teſtamente per aes et libram waren wirkliche Contracte, wozu aber die Legatarien doch nicht mit concurrirten. Vielleicht

konnte

konnte aber auch das leicht die Vorſtellungsart erzeugen, daß die Geſetze hier nur den Abgang eines ſonſt eigentlich erforderlich geweſenen Contracts ergänzten, und die Legatarien als ſolche behandelten, in deren Namen und zu deren Beſten ein rechtsgültiger Contract ſelbſt mit dem Teſtirer geſchloſſen worden. Mit dieſer Conjectur würde auch die Benennung der Klage: actio *ex teſtamento* gewiſſer maßen übereinſtimmen. — Die condict. indebiti hat eine Zurückforderung deſſen, was man einmal an andere völlig überlaſſen hat, zur Abſicht. Im allgemeinen betrachtet iſt dergleichen Zurückforderung, wenn ſie nicht ausbedungen worden, nicht zuläßig. Hier mußte der Irrthum, welcher bei der Zahlung vorgegangen war, eine Ausnahme machen, und der Empfänger, ob er gleich bona fide die Leiſtung angenommen hatte, durfte ſich der Zurückgabe nicht widerſetzen. Die Sache ward gleichſam als geliehen angeſehen, daher auch die Geſetze ſelbſt ſich des Ausdrucks bedienen: perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur. — §. 6. *I. de obligat. quae quasi ex contractu nasc.* Solchergeſtalt glaube ich die wahre Meinung der Römiſchen Rechtsgelehrten nicht zu verfehlen, wenn ich von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu folgenden Begriff angebe: **Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältniſſen entſpringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen**

Contract erfordern, in gewiſſen von dem Geſetzgeber beſtimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Verſprechen und Zuſage eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit deſſen Gegenſtande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich getroffen worden. — Ich habe zur Zeit unter den Auslegern, ſo viele ich deren auch zu Rathe gezogen, keinen gefunden, mit deſſen Autorität ich dieſen Begriff durchgängig unterſtützen könnte. Faſt alle übergehen den Charakter, worauf der Römiſche Juriſt vorzüglich Rückſicht nahm, und woraus daher die Sache am beſten erklärt werden kann. Der bekannte **Joh. Ortw. Weſtenberg** führt ihn zwar beiläufig an, jedoch ohne ihn in die Definition, welche er von der Sache giebt, mit aufzunehmen. Wir wollen inzwiſchen ſeine Worte, da ſie unſerm Vortrag einigermaßen zur Unterſtützung dienen, ganz herſetzen: Quaedam ſunt negotia propter aequitatem non tantum obligatoria, *ſed et contractibus ſimilia*, quae proinde quaſi contractus recte dici potuerunt. Negotiorum enim geſtio et tutelae adminiſtratio *ſimiles ſunt mandato* nec non quodammodo *hereditatis aditio*. Rei communio vero *ſimilis eſt ſocietati*, et indebiti ſolutio *mutuo*. Ut adeo mirum videri non debeat, iſthaec negotia, prae aliis, in quibus tanta ſimilitudo cum contractibus non inuenitur, quaſi contractus

tractus vocari [4]). Da nun nach den Maximen der Römiſchen Juriſten, die Form der Rechtsgeſchäfte faſt durchgängig in Verträgen beſtand: ſo darf es uns deſto weniger befremden, daß ſie in den erwähnten Fällen, wo ein wirklicher Contract nicht angebracht werden konnte, zum wenigſten doch die Verwandſchaft, welche der Vorgang im Ganzen mit den eigentlichen Gegenſtänden gewiſſer Contracte zu haben ſchien,

4) a. a. O. §. 13. 14. 15. Ich gebe gern zu, daß bei der Antretung der Erbſchaft jene Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte, und zwar beſonders mit dem mandato nicht ſogleich beim erſten Anblicke einleuchte. Man ſehe, was neuerer Zeit hierüber mit vielem Scheine geſagt worden iſt. Hugo Civ. Magaz. I. 452. f. Allein ich glaube nicht ohne Grund dagegen zu erinnern, daß hier freilich von einer ganz vollkommnen Aehnlichkeit in der Sache ſelbſt die Rede nicht ſein könne; daß es aber, um die Beſtimmung: quasi ex contractu, und deren Veranlaſſung zu erklären, ſchon genüge, in der Erbſchaftsantretung mit Rückſicht auf die Legatarien im Ganzen etwas anzutreffen, was nach Römiſchen Rechtsſätzen ſonſt nur Folge eines Contracts zu ſein pflegte, und beſonders beim mandato vorkam. Jenes ergeben die Gründe, welche ich angeführt habe, deutlich, und dieſes läßt ſich, meiner Meinung nach, mit Weſtenberg in ſofern immer behaupten, als der Erbe, indem er antritt, nicht nur zu ſeinem Beſten handelt, ſondern in der That auch das Intereſſe der Legatarien mit befördert, ſich zu ihrem Nutzen verbindlich macht, und ihnen ein wirkſames Recht in Anſehung des Nachlaſſes verſchafft, was ſie ohne ſeine Mitwirkung nicht erlangt hätten. Daß ſich übrigens ein Bevollmächtiger, der das ſelbſt nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, ohne Widerſpruch denken laſſe, zeigt L. 25. C. de Proc. u. Nov. 71. c. 1.

ſchien, ſo wenig außer Acht lieſſen, daß ſie vielmehr einen beſtimmten Charakter der Verbindlichkeit und ihrer Entſtehungsart daraus hernahmen. Dieß iſt der natürlichſte Aufſchluß der Römiſchen Theorie von den Verbindlichkeiten quae quasi ex contractu naſcuntur; einer Lehre, die außer der faſt übertriebenen Subtilität, noch manche andere Unbequemlichkeit mit ſich führet, in der Folge aber von den Auslegern unglaublich gemisdeutet und entſtellet iſt. Jedoch davon unten mit Mehrerm.

§. 10.

Unter den ſogenannten quasi delictis verſtehen die Lehrbücher ſtrafbare Handlungen, welche nicht mit Vorſatz, ſondern aus Fahrläſſigkeit verübt worden ſind. Daß aber nach dem ächten Sinn des Römiſchen Rechts die Sache ſich anders verhalte, iſt leicht zu erweiſen. Denn 1) finden wir im Römiſchen Recht nicht die geringſte Spur davon, daß die ältern Juriſten das Weſen der Verbindlichkeit, quasi ex delicto, in der alleinigen Fahrläſſigkeit dergeſtalt geſetzt hätten, daß überall jedes delictum culposum auch zu jener Claſſe gerechnet worden ſei. Wäre dieß in der That die Theorie der Alten geweſen: ſo würde 2) in dem dieſer Materie ganz gewidmeten 5ten Titel des 4. Buchs der Inſtitutionen, die Sache gradezu angegeben, und daſelbſt von den aus Fahrläſſigkeit begangenen Verbrechen gehandelt ſein. Wir finden aber weder in dem ange-

angeführten Titel der Inſtitutionen, noch in der gleichlautenden L. 5. D. de *Obl. et Act.* mit irgend einem Worte angemerkt, daß man einen Gegenſtand, welcher von dem größten Umfange iſt, und über alle und jede Verbrechen, die mit Vorſatz ſowol, als aus Unvorſichtigkeit begangen werden können, ſich verbreitet, dabei zum Vorwurf gehabt hätte. Gegentheils ſind die einzelnen Fälle, wo der Verbindlichkeit die Beſtimmung quasi ex delicto beigefügt wird, von der Beſchaffenheit, daß dabei offenbar etwas anders, als bloße Fahrläſſigkeit, zum Grunde liegt; und daß alſo dieſe einzelnen Fälle zur Erläuterung der Lehre von Verbrechen, die aus Unachtſamkeit verübt worden ſind, keine zutreffende Beiträge liefern. 3) Selbſt da, wo die Römiſchen Geſetze bei den uneigentlichen Verbrechen der culpae gedenken, geſchieht es auf einer, allein ſchon dazu hinreichenden Art, um den gewöhnlichen Begriff ganz unrichtig zu finden. So heißt es an einer Stelle [1]): Is, ex cuius caenaculo deiectum aliquid eſt, ideo non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quoniam plerumque *ob alterius culpam* tenetur; und an einer andern [2]): Exercitor nauis de damno aut furto, quod in naui factum est, si modo ipsius nullum est maleficium, ſed alicuius eorum, quorum opera nauem exercet,

1) §. 1. I. *de obligat. quae quasi ex delict.*
2) §. 3. I. ibid.

exercet, quum *aliquatenus* culpae reus eſt, *quaſi* ex delicto teneri videtur. Iſt darum die Verbindlichkeit nur quasi ex delicto, weil ſie denjenigen trifft, der ob *alterius* culpam leiden ſoll; Iſt ſie es darum nur, weil man höchſtens einigermaßen — *aliquatenus*, nicht aber mit völliger Gewißheit, und ganz beſtimmt eine Unachtſamkeit annehmen kann: ſo verhält ſich die Sache unſtreitig anders, wenn von einer **ungezweifelten** culpa *propria* die Rede iſt. 4) Ueberall, wo in unſern Rechtsbüchern von den mehrerwähnten uneigentlichen Verbrechen die Rede iſt, wird folgendes zur Erläuterung angeführt: quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, videtur quasi ex maleficio teneri. Allein wenn im Aquiliſchen Geſetze der Fahrläſſigkeit gedacht wird: ſo vermißt man dieſe Beſtimmung gänzlich; es heißt vielmehr geradezu: non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur [3]). Und wäre der angegebene Grund: quia non ex maleficio tenetur, von der Nachläſſigkeit zu verſtehen; wie hätte Ulpian [4]) und mit ihm alle übrige Römiſche Juriſten, das damnum iniuria datum, als ein unſtreitiges maleficium, folgendergeſtalt erklären können: iniuriam hic accipere nos oportet, quod non iure factum est, hoc est, contra ius, id est si culpa quis

3) §. 3. I. de *Lege Aquil.*
4) L. 5. §. 1. D. *ad Leg. Aquil.*

quis occiderit. Hätten die Ausleger dieſes Alles ihrer Aufmerkſamkeit nicht entgehen laſſen, nie würden ſie ſich einen Begriff von der Sache gebildet haben, der dem Sinne der Geſetze nichts weniger, als angemeſſen iſt. Schon **Ulrich Hubert** hat über die gewöhnliche Lehre ſeine Bedenklichkeiten geäuſſert: Affinitas, ſchreibt er, per quam hae species quasi delicta seorsim constituunt, non consistit in culpa. Si quidem et veris delictis aliquando conuenit. Sed in qualitate mali moris, quam lex sine dolo rei actione perſequitur. Er iſt darüber mit **Thomaſius** in einen weitläuftigen Streit gerathen [5]. Neuerer Zeit hat **Woltaer** den gemeinen Lehrbegriff mit vielem Scharfſinne beſtritten; und die Sache dahin erkläret: Est, si quid video, quasi delictum factum illicitum, ciuiliter alicui imputabile, quod ei moraliter imputari nequit [6]. So gewiß es alſo iſt, daß auch Fahrläſſigkeit ihrem Urheber moraliſch imputiret werden kann: ſo unſtreitig giebt ſie nach dieſer Erklärung keinen unterſcheidenen Charakter des ſogenannten quasi delicti. Ob und in wie fern dieß gegründet, oder der gemeine Begriff vorzuziehen ſei? läßt ſich am beſten daraus beurtheilen, wenn wir die Handlungen und Vorfälle ſelbſt, woraus

5) Huber *prael. ad Inst.* IV. 5. 1. und daſelbſt Thomasius in adnot.

6) Woltaer Obseruat. iur. ciu. I. 18.

aus nach Römiſchen Rechten die Verbindlichkeit quasi ex delicto hergeleitet wird, etwas genauer prüfen. Selbſt eine beſtimmte Erklärung dieſer Gattung der Verbindlichkeit liefert das Römiſche Geſetzbuch nicht: daher uns zur Bildung eines richtigen Begriffs davon nichts weiter übrig bleibt, als denjenigen Merkmalen nachzuforſchen, welche den dahin gerechneten Fällen ſämmtlich gemein ſind, und daraus einen allgemeinen Begriff zu abſtrahiren.

§. 11.

Alle vom Kaiſer **Juſtinian** in ſeinen Inſtitutionen [1]), und von dem Juriſten **Gajus** [2]) zu dieſer Claſſe gerechneten Handlungen kommen darin mit einander überein, daß ſie 1) an ſich nicht erlaubt ſind, noch von irgend einem Geſetzgeber je gebilligt werden können. Es wird aber 2) gerade wider denjenigen eine Klage daraus geſtattet, welcher entweder, moraliſch betrachtet, ganz unſchuldig ſein kann, oder doch wenigſtens nach andern **Grundſätzen** des **Römiſchen Rechts** eigentlich für die Handlung gar nicht haften darf [3]). Weil ihn aber gleichwol das Geſetz verbindlich machte: ſo hieß es, er ſollte quasi ex delicto — gerade als ob er ſelbſt etwas verbrochen hätte, aus der Handlung gehalten ſein. Die bloße Fahr-

1) Lib. IV. Tit. V. *de obligat. quae qu. ex del. nasc.*

2) L. 5. § 4. 5. 6. D. de O. et A.

3) Warum wir dieſes dem Begriffe, welchen Woltaer vorträgt, hinzufügen, wird ſich bald näher ergeben.

Fahrläſſigkeit hingegen wird mit keinem Worte als ein unterſcheidender Charakter dieſer Art Verbindlichkeiten angegeben. Eine kurze Betrachtung der einzelnen Fälle ſelbſt wird dieß näher rechtfertigen.

§. 12.

Bekanntlich rechnen die Geſetze dahin 1) wenn der Richter aus Verſehen und Unwiſſenheit einem ſtreitenden Theile zu nahe gethan hat. Iſt dieß nicht culpa? wird man fragen, und ſcheint es nicht den gewöhnlichen Begriff des ſogenannten quasi delicti zu rechtfertigen? Ich zweifle ſehr, ob die Erklärung, welche Woltaer von der Sache giebt, ſich gegen dieſen Einwurf behaupten werde. Nimmt man aber einen andern Umſtand, welcher hier vorzüglich in Betrachtung kommt, zur Hülfe, ſo wird ſich der Begriff rechtfertigen laſſen. Denn, wenn auch die Handlung an ſich betrachtet moraliſch imputabel iſt: ſo war ſie es doch nach andern Grundſätzen des ſtrengen Civilrechts eigentlich nicht, wie man aus folgenden Gründen deutlich wahrnehmen kann. Unſtreitig iſt es eine ars liberalis, welche der Richter, als Rechtsgelehrter, ausübt. Er verrichtet ſein Amt nicht mercede conductus, und durch keinen Vertrag und Gedinge hat er ſich den Parteien verbindlich gemacht. Unter dieſen Umſtänden konnte ihm nach der Analogie des Römiſchen Rechts, eigentlich nur dolus malus und die gröbſte Fahrläſſigkeit als ein Ver-

brechen angerechnet werden. Schon was Ulpian bei einer andern Gelegenheit vorträgt [1]), könnte uns hier einen zureichenden Aufſchluß geben. Ideo hanc *actionem in factum* aduersus menſorem praetor propoſuit, quia non crediderunt veteres, inter talem perſonam locationem et conductionem eſſe; ſed magis *operam beneficii loco praeberi.* Haec igitur actio *dolum malum duntaxat* exigit. Viſum est enim, ſatis abundeque coerceri menſorem, ſi dolus malus *ſolus* conueniatur eius hominis, qui *ciuiliter obligatus non* eſt. Lata culpa plane dolo comparabitur. Hiemit vergleiche man nun die geſetzliche Vorſchrift: Iudex tunc litem ſuam facere intelligitur, quum *dolo malo* in fraudem legis ſententiam dixerit. Dolo autem malo videtur hoc facere, ſi euidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam ſordes [2]), und man wird nicht länger mehr daran zweifeln, daß nach dem ſtrengen Rechte ein ſtreitender Theil nur dann erſt befugt ſei, wegen einer ungerechten Verfügung den Richter ſelbſt in Anſpruch zu nehmen, wenn er ihn der vorſätzlichen Parteilichkeit, oder groben Unachtſamkeit völlig zu überführen im Stande iſt. Euidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia, — —. Daß nun in ſolchem Falle der Richter eines wahren Verbrechens ſchuldig, nicht

1) L. 1. D. Si menſor falſum modum dixerit.

2) L. 15. §. 1. D. de iudiciis.

nicht aber quasi ex delicto gehalten ſei, läßt ſich durch Geſetze beweiſen, und iſt auch von den Gelehrten längſt als ungezweifelt angenommen worden [3]). Wie es aber überhaupt im Römiſchen Rechte nichts ſeltenes iſt, daß das ſogenannte ſtrenge Recht durch vordringende Billigkeit hin und wieder gemildert, ja oft ganz entkräftet wird: ſo konnte dies auch hier nicht lange ausbleiben. Soll den Richter allein nur der böſe Vorſatz, und grobe Nachläſſigkeit verantwortlich machen: ſo ſind die Parteien meiſtens übel daran; indem ihnen einestheils ein Beweiß obliegt, welcher mit vielen und großen Schwierigkeiten verbunden iſt, und anderntheils die Unachtſamkeit des Richters ſchon ſehr großen Schaden anrichten kann, ehe ſie bis zum Grad der culpae latae hinaufſteigt. Gründe genug, von der Diſpoſition des ſtrengen Rechts dahin abzugehen, daß nicht nur vorſätzliche Ungerechtigkeit, ſondern jede andere Uebereilung den Richter verantwortlich machen ſollte. Daher die actio in factum contra iudicem, qui litem ſuam fecerit [4]), wobei es nicht darauf ankam,

3) L. ult. C. de poena iud. qui male iudic. Nov. 124. c. 2. VOET Comment. ad Pand Lib. V. Tit. 1. §. 58. HOEPFNER elem. iur. ciuil. § 1130. VINNIUS pr. I. de obligat. quae quaſi ex delicto naſc.

4) L. 6. D. de extraord. cognit. Einige Rechtslehrer haben behaupten wollen, daß auch dieſe actio in factum bloß wegen der groben Fahrläſſigkeit gegen den Richter Statt finde, daß aber culpa leuis oder leuiſſima ihm in keinem

kam, ob der Richter nach Anleitung des ſtrengen Rechts ein Verbrechen im eigentlichen Verſtande begangen hatte, allein eben darum auch der Ausdruck quasi

keinem Betrachte zur Laſt fallen könne. So lehrt Joch. Hopp ad pr. I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc. verb. *per imprudentiam.* Ihm treten bei: Leyser spec. 680. m. 2. p. 49. I. L. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 1295. u. a. m. Allein dieſe Meinung, welche wahrſcheinlich daher entſtanden iſt, daß man die verſchiedenen Gegenſtände der L. 15. §. 1. D. de iudiciis, L. ult. C. de poen. iud qui male iudic. Nov. 124. c. 2., allwo von einem wahren Verbrechen die Rede iſt, und des angeführten pr. I. de oblig. quae qu. ex del., imgleichen L. 6. D. de extraord. cogn. und L. 5. §. 4. de O. et A., woſelbſt die Verbindlichkeit quasi ex delicto hergeleitet wird, nicht gehörig beachtet hat, läßt ſich bei näherer Prüfung gar nicht annehmen. Denn darin ſind, wie geſagt, die Juriſten ſämmtlich einverſtanden, daß der Richter, wenn er aus Gunſt, Feindſchaft, oder Gewinnſucht vorſätzlich ungerecht verfährt, ſich eines wahren Verbrechens ſchuldig mache. Mit dieſem iſt aber nach bekannten Grundſätzen des Civilrechts, in Rückſicht auf Privatgenugthuung und den Schadenserſatz, die grobe Unachtſamkeit in eine Claſſe zu rechnen. Selbſt in der ſchon angeführten L. 1. D. Si mensor fals. mod. dixerit, ſagt Ulpian ausdrücklich: Lata culpa plane dolo comparabitur. Hieraus folgt, meiner Meinung nach, ganz klar, daß die Unvorſichtigkeit (imprudentia), welche nach der Lehre des Gajus den Richter nur quasi ex delicto verantwortlich machen ſoll, unmöglich mit der groben Fahrläſſigkeit, welche Ulpian dem Dolus gleich ſchätzet, für eins genommen werden könne. Berger ſetzt daher das ſogenannte quasi delictum des Richters in der culpa leui. *Oeconom. iuris* Lib. 3. Tit. 12. §. 2. not. 1. Jedoch da der Grad der

quaſi ex delicto gebraucht ward, um anzudeuten, daß der Beklagte nicht weniger verbindlich ſei, als wenn er ſich eines eigentlichen Verbrechens ſchuldig gemacht hätte. Si iudex, ſo lauten die Worte des Gajus [5]), litem ſuam fecerit, *non proprie ex maleficio* obligatus videtur, ſed quia neque ex contractu obligatus eſt, et utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet per *imprudentiam*, ideo videtur, quaſi ex maleficio teneri in factum actione. Da der Rechtsgelehrte hier mit Erläuterung der nach der natürlichen Billigkeit eingeführten actionis in

 factum

der Nachläſſigkeit, wofür Jemand haften muß, natürlich nach dem Grade des Fleißes, wozu er verbunden iſt, ſeine Beſtimmung erhält; und der Richter offenbar die Verbindlichkeit auf ſich hat, ſein Amt mit möglichſter Sorgfalt zu verrichten: ſo finde ich kein Bedenken, der Lehre eines unſerer bewährteſten Juriſten beizupflichten, welche dahin gehet: *quamcunque culpam* iudicis hac in re ſufficere; quemadmodum in lege aquilia et actione de damno dato quaecunque culpa ſufficit, ex qua laeſio orta eſt. F. E. Pufendorf *de Culpa* P. VII. C. 2. §. 6.

5) L. 6. D. de extraord. cognit. Die Worte: non proprie ex *maleficio*, welche in dieſem Geſetze vorkommen, ſind, wie oben bereits gezeigt worden, lediglich in Rückſicht auf das ſtrenge bürgerliche Recht zu verſtehen. Dieß beſtärkt auch Pufendorf, wenn er ſchreibt; Leges ciuiles vocabulo maleficii hunc in modum utuntur, ut *ciuile* maleficium eo intelligant, non naturale. Nam naturaliter quidem omnis actio praua maleficium eſt, cum quo et poena connexa eſt. Sed ciuilia iura ciuilem poenam intelligunt a legislatore ciuili propoſitam. Tr. *de culpa* P. VII. C. 1. §. 3.

factum beſchäftigt iſt: ſo ſiehet man, auch ohne mein Erinnern, ſehr leicht ein, daß der Ausdruck: iudex litem ſuam fecerit, nicht in der ſtrengen Bedeutung, welche **Ulpian** [6]) davon vorträgt, ſondern in der, wegen vordringender Billigkeit eingeführten Extenſion genommen werde. Denn von dem, cuius euidens eſt dolus, gratia, vel inimicitia, wie **Ulpian** ihn beſchreibt, konnte **Gajus** wol nicht ſagen: non proprie ex maleficio tenetur. Er ſelbſt erklärt ſich hierüber deutlich genug, wenn er hinzufügt: Peccaſſe utique aliquid intelligitur, *licet per imprudentiam*, et ideo, (weil nämlich das ſtrenge Recht ihn darum noch nicht ſogleich verantwortlich machte,) videtur quaſi ex maleficio teneri.

§. 13.

Bei dieſer Gelegenheit wird es nicht undienlich ſein, eine Frage zu erörtern, deren Auflöſung den Rechtsgelehrten von Zeit zu Zeit viele Schwierigkeiten gemacht hat. Die Römiſchen Geſetze zählen, wie wir bisher geſehen haben, die Verbindlichkeit des Richters, welcher aus Unachtſamkeit litem ſuam gemacht hat, zu den obligationibus, quae quaſi ex delicto naſcuntur. Woher kommt es alſo, daß die Handlung des Arztes, welcher nicht mit Vorſatz, ſondern durch ſeine Ungeſchicklichkeit Jemand beſchädiget hat, nicht gleichfalls zu dieſer Klaſſe der Verbindlichkeiten gerech-

6) L. 15. §. 1. D. de iudiciis.

gerechnet, ſondern vielmehr §. 7. I. de L. Aquil. als ein wahres Verbrechen aufgeführt worden? Es iſt unglaublich, wie ſehr dieſe vermeinte Schwierigkeit die Ausleger beſchäftigt hat, und wie mancherlei Wendungen, bald von dieſem, bald von jenem, aufgebothen ſind, um die verſchiedenen Geſetze mit einander zu vereinbaren. Wäre die Meinung des **Thomaſius** [1]) richtig: ſo würde es ſich kaum der Mühe verlohnen, über den ganzen Streit ein Wort weiter zu verlieren. Denn es iſt, ſagt er ganz ungegründet, wenn man den Arzt, welcher nicht vorſätzlich, ſondern durch Unwiſſenheit Schaden angerichtet hat, eines wahren Verbrechens beſchuldigen will. Er hat eben ſo, wie der Richter in erwähntem Falle, nur ein ſogenanntes quasi delictum begangen; folglich iſt hier in den Geſetzen gar keine Verſchiedenheit anzutreffen. Allein, ſo umſtändlich er ſich auch in mehrern Schriften hierüber verbreitet hat, ſo wird es die Folge doch ergeben, daß er die Sache keinesweges getroffen habe. Sonderbar iſt es freilich, daß ſelbſt unter denen, welche das Weſen der uneigentlichen Verbrechen in der Fahrläſſigkeit ſetzen, die mehrſten in jenem Punkte von ihm abweichen, eben dadurch aber ſelbſt zu erkennen geben, daß der von ihnen angenommene Begriff, wo nicht

1) In notis ad Huberi praelect. iur. ciuil. secund. ord. inst. Lib. IV. Tit. V., imgleichen in Diss. de usu practico actionis contra iudicem imperite iudicantem, Halae 1714.

nicht offenbar unrichtig, doch gewis ungemein ſchwankend ſei; und man muß wenigſtens dem **Thomaſius** die Gerechtigkeit wiederfahren laſſen, daß er unter den Vertheidigern der gewöhnlichen Ideen des uneigentlichen Verbrechens ſeiner Behauptung ſelbſt nicht untreu geworden iſt. Ein Fehler, deſſen ſich die übrigen hier offenbar ſchuldig machen. Denn giebt man zu, daß Vorſatz und Fahrläſſigkeit die Kriterien ſind, worauf die mehrgedachte Eintheilung der Verbrechen ſich gründet: ſo muß man auch dem **Thomaſius** beipflichten, wenn er die unvorſätzliche Vergehung des Arztes zu den ſogenannten quasi delictis rechnet. Inzwiſchen gewinnet die Meinung dieſes Rechtsgelehrten dadurch noch nichts, daß er Gegner gefunden, die ihm nach ihren eignen Grundſätzen nie widerſprechen mußten. Die wahre Beſchaffenheit und Natur der Sache iſt dem Thomaſius nichts deſto weniger entgegen.

§. 14.

Ich muß geſtehen, unter den verſchiedenen Antworten auf die erwähnte Frage noch keine ganz befriedigend gefunden zu haben. Die Unwiſſenheit des Arztes, ſagen einige [1]), iſt darum ſträflicher, als die des Richters, weil jener ſich ſelbſt für einen ſolchen ausgiebt, der die Geſchicklichkeit beſitzt, Krankheiten zu heilen, dieſem hingegen die Entſcheidung der Rechtsſachen nicht bloß darum übertragen wird, weil er ſich für einen

nen

1) Vinnius *Comment. ad institut.* Lib. IV. Tit. V. §. 1. n. 1.

nen Rechtsgelehrten ausgegeben hat, ſondern weil er durch öffentliche Autorität dazu beſtellet worden iſt. Der Arzt, ſetzen andere [2]) hinzu, übernimmt die Heilung des Kranken freiwillig; hingegen der Richter muß auch wider Willen ſein Amt verwalten. Auf ihn konnte ſich das Aquiliſche Geſetz nicht ſo ſchicklich, als auf den Arzt, erſtrecken, weil dieſer den Körper ſelbſt beſchädigt, folglich einen Nachtheil anrichtet, welchen das erwähnte Geſetz buchſtäblich zum Gegenſtande hat, dahingegen der Richter durch ſeinen übeln Ausſpruch keine körperliche Verletzung unternimmt [3]). Daß dieſe vermeinten Auflöſungen nicht hinreichend ſind, der Schwierigkeit abzuhelfen, zeigt ſich bei näherer Prüfung gleich. Eben darum, weil ihm unter öffentlicher Autorität die Verwaltung der Juſtiz übertragen worden, könnte man wol eher annehmen, daß der Richter um ſo mehr verbunden ſei, die größte Sorgfalt darauf zu verwenden, je gewiſſer es iſt, daß Beſchäftigungen, womit wir dem State ſelbſt dienen, unter die wichtigſten unſers Lebens gehören. Es ſei, daß der Arzt freiwillig die Heilung des Kranken auf ſich nimmt, der Richter aber die Entſcheidung ſtreitiger Rechtsſachen übernehmen muß; kann dieß wol an ſich auf Imputation der Fahrläſſigkeit einen Ein-

2) Huber ad inst. Lib. 4. Tit. 5. n. 3.
3) Huber cit. loc. Suarez ad Leg. Aquil. Lib. 3. Sect. 2. c. 6. §. 17.

fluß haben? Der Gedanke, daß des Arztes Ignoranz darum ſträflicher ſei, weil er ſich für einen Kunſtverſtändigen ausgiebt, und dadurch veranlaßt, daß er zum Kranken gerufen wird, der Richter hingegen ſein Amt auch wider Willen verwalten muß, dieſer Gedanke dient zu nichts, als den Knoten, den er auflöſen ſoll, noch mehr zu verwickeln. Das Römiſche Geſetzbuch ſchließt denjenigen mit Recht vom Richterſtuhl aus, dem die Fähigkeit abgeht, Rechtshändel gehörig unterſuchen, und entſcheiden zu können. Wem alſo dieß wichtige Amt anvertrauet wird, von dem ſetzt man voraus, daß er die dazu erforderlichen Eigenſchaften beſitze, und indem er es übernimmt, giebt er ſich allerdings für denjenigen aus, dem Geſchick und Fähigkeit dazu beiwohnen. Der Einfall, daß das Geſetz des Aquilius eigentlich nur körperliche Verletzungen zum Gegenſtande habe, und darum zwar wol der Arzt, nicht aber der Richter, aus einem wahren Verbrechen gehalten ſei, betrifft eigentlich nur die Frage: warum die Klage aus dem Aquiliſchen Geſetze nicht in beiden Fällen Statt finde? keinesweges aber die Urſache, warum in dem einen Falle die Verbindlichkeit ex vero, in dem andern aber nur quasi ex delicto hergeleitet wird? Wiederum beweiſt er zu viel. Denn der Richter, welcher **mit Vorſatz** ungerecht verfährt, macht ſich unſtreitig eines wahren Verbrechens ſchuldig, wenn gleich ſeine Handlung

dem

dem Buchſtaben des gedachten Geſetzes nicht zuwiderläuft. Ueberhaupt iſt zwar der Schade, welcher nicht in körperlicher Deſtruction beſtehet, kein eigentlicher Gegenſtand der Verordnung des Aquilius, aber ſicher gehört er darum noch nicht zu den Verbindlichkeiten, quae quaſi ex delicto naſcuntur. Ohne dieſer Beſtimmung im geringſten zu gedenken, heißt es vielmehr am Ende des Titels der Inſtitutionen de Lege Aquilia: Sed, ſi non corpore damnum datum fuerit, neque corpus laeſum fuerit, placuit eum, qui obnoxius fuerit, actione in factum teneri.

§. 15.

Da wir alſo die Bemühungen auch der vortrefflichſten Rechtsgelehrten in dieſem Stücke ganz vergeblich finden; ſollen wir denn alle Hoffnung, einen zutreffenden Grund der mehrgedachten Verſchiedenheit angeben zu können, gänzlich fahren laſſen? Wirklich haben einige Ausleger [1]) ſo gedacht, und ſich daran begnügt, auch hier mit dem Julian [2]) zu ſagen: Non omnium, quae a maioribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt. Jedoch vielleicht darf ich den Beifall des geneigten Leſers einer Conjectur verſprechen, welche ich aus den oben bereits entwickelten Grundſätzen hergeleitet habe, und welche ich nunmehr zur weitern Prüfung vorlege.

§. 16.

1) Wissenbach diſput. 43. ad inſtit. th. 22.
2) L. 20. D. de legibus.

§. 16.

Die Urſache, warum die Unvorſichtigkeit des Richters nach Römiſchen Rechten kein wahres Verbrechen im eigentlichen Verſtande ausmacht, beſtehet, wie oben §. 12. mit mehrerm ausgeführt worden, nicht ſowol in der Fahrläſſigkeit an ſich, noch weniger darin, daß das Verſehen des Richters durchaus nicht für moraliſch imputabel zu achten iſt, ſondern einzig und allein in der einmaligen Diſpoſition des ſtrengen Rechts, wonach er nur durch böſen Vorſatz und grobe Unachtſamkeit verantwortlich ward. Will man alſo den Grund, warum das Verſehen des Arztes nicht nach gleichen Grundſätzen behandelt worden? erforſchen: ſo ſiehet ein Jeder ſehr leicht, daß es eines Theils überflüſſig ſei, wenn man ſich bemühet, die Handlung des Richters in Vergleichung mit derjenigen des Arztes weniger ſträflich, und an ſich weniger imputabel darzuſtellen; andern Theils aber, daß man auf dieſem Wege das vorgeſteckte Ziel deſto weniger erreichen könne, je unmöglicher es iſt und bleibt, zu beweiſen, daß der Richter, ſobald er nur nicht mit Vorſatz und grober Fahrläſſigkeit unrecht handelt, auch darum ſchon ganz und gar auſſer Schuld ſei. Beſſer wird die Sache ſich aufklären, wenn man, wie billig, die Unterſuchung darauf richtet: Ob nicht nach dem beſondern Verhältniſſe, worin ſich die Aerzte bei den Römern befanden, das ſtrenge Recht in Anſehung ihrer

ganz

ganz anders lauten mußte, als wir es, ſo viel den Richter betrifft, gefunden haben. War der leztere darum, weil er die Rechtswiſſenſchaft als artem liberalem ausübte, — weil er nicht durch Lohn gedungen ſein Amt verwaltete — nicht durch Vertrag oder Gedinge den Parteien ſich verbindlich gemacht hatte, — nach ſtrengen Rechten nur im Fall eines doli oder latae culpae gehalten; und ward eben darum, als man es in der Folge unbillig fand, ihm alles übrige Verſehen ungeſtraft hingehen zu laſſen, die Wendung: *quasi ex delicto* gebraucht; ſo verhielt ſich doch, was die Aerzte anbetrifft, die Sache bei weitem ganz anders.

§. 17.

Lange ward die Arzeneikunde, wie ſie es nach ihrer damaligen Beſchaffenheit auch wol nicht anders verdiente, von den Römern unter die ſchmutzigen Gewerbe, und unfreien Künſte — artes sordidas, et illiberales gezählet; die Wiſſenſchaft ſelbſt war das nicht, was ſie nach der Zeit geworden, und jezt iſt; ihre Bekenner nichts weniger, als was ſie zu unſern Zeiten ſind, vielmehr ganz der Achtung unwürdig, worauf ſie bei uns mit völligem Recht Anſpruch machen. Die ganze Kunſt beſtand, wie Seneca behauptet [1]) in scientia paucarum herbarum, quibus sisteretur fluens sanguis, et vulnera coirent paullatim. Der Nahme eines medici ward auch ſolchen Leuten beigelegt,

1) Epist. 95.

legt, für die man ihn heutiges Tages etwas zu ehrwürdig finden dürfte. Nach dem Zeugniß des Ulpian [2]) gehörten ſogar Hebammen, und diejenigen dahin, qui alicuius partis corporis vel certi doloris ſanitatem pollicentur, ut puta ſi *auricularius*, *fiſtulae*, vel *dentium*. Nicht alſo bloß diejenigen, welche durch diätetiſche Regeln, und Anordnung der Medikamente die Cur eines Kranken beſorgen; ſondern auch diejenigen, welche bei den ſchmutzigſten, größtentheils in Händewerk beſtehenden Beſchäftigungen ſelbſt mit Hand anlegten, machten auf den Nahmen eines medici Anſpruch [3]).

§. 18.

2) L. 1. §. 1. seq. D. de extraord. cogn.

3) Qui medicinam olim faciebant, non tantum praeſcripta victus ratione, aut medicamentis aegros iuuabant, sed et *ſectionibus* et *uſtionibus* faciendis, vulneribus obligandis, *cliſteribus praebendis*, emplaſtris et colliriis imponendis, manum admouebant. *Medicus Romanus Seruus LX ſolidis aeſtimatus*. Lugduni 1671. §. 6. Daher Ulpian, nachdem er von den Geräthen eines Fleiſchers gehandelt hatte, in L. 18. §. 10. D. *de inſtruct. vel inſtrument leg.* fortfährt: In inſtrumento medici esse collyria, et emplaſtra, et caetera eius generis Caſſius refert. Was ſonſt noch von dieſen ſogenannten medicis verrichtet zu werden pflegte, iſt aus der beſondern Conſtitution des Kaiſers Hadrian, deren in L. 4. §. 2. D. ad L. Cornel. de Sicariis gedacht wird, nicht undeutlich abzunehmen: Nemo liberum ſeruumue inuitum, sinentemue caſtrare debet, neue quis ſe ſponte caſtrandum praebere debet; ac ſi quis aduerſus edictum meum fecerit, *medico quidem, qui exiderit,*

§. 18.

Schon hieraus iſt leicht zu begreifen, daß derglei-chen Handthierung keine ſonderliche Achtung verdie-nen

exciderit, capitale erit, item ipſi, qui ſe ſponte caſtrandum praebuit. So ſchreibt auch Paullus Lib. V. recept. ſentent. tit. 22. §. 3.: Ciues romani, qui ſe iudaico ritu vel ſeruos ſuos circumcidi patiuntur, bonis ademtis in inſulam perpetuo relegantur, *medici* capite puniuntur. Daß auch das Aderlaſſen eine vorzügliche Beſchäftigung jener Aerzte geweſen, erhellet theils aus Geſetzen, L. 7. in fin. L. 8. D. und §. 7. I. *de lege aquilia*, theils aus andern Nachrichten zur Genüge. Beim Cicero *in Piſon.* heißt es: ſed ei medico, quem tecum duxeras, imperaſti, ut venas hominis incideret. Dieſe Worte des Cicero können beiläufig einer Stelle in Juſtinians Geſetzbuche, worüber die Kritiker in ihren Meinungen getheilt ſind, den Aufſchluß geben. Alfenus L. 26. D. de operis libert. druckt ſich alſo aus: Medicus libertus, quod putaret, ſi liberti ſui medicinam non facerent, multo plures imperantes ſibi habiturum. Haloander glaubt, man müſſe hier ſtatt imperantes leſen: implorantes. Gothofred hält dieſe Veränderung an ſich zwar ſchicklich, glaubt aber doch, daß man derſelben entbehren könnte; denn, ſagt er, imperans bedeutet hier nichts anders, als medicum, qui imperat, et praeſcribit medicamenta. Allein dann hat das Geſetz gar keinen vernünftigen Sinn. Am richtigſten verſteht man unter imperantes diejenigen, welche die Hülfe des Arztes verlangen. Dieß beweiſt nicht allein Cicero am angeführten Orte, ſondern auch Seneca de beneficiis lib. 6. in den Worten: Medicus me non tanquam amicum vidit, ſed tamquam imperatorem: ingleichen an einer andern Stelle, Lib. 3. de beneficiis: *imperauit* medico, ut venenum ſibi daret. Man ſehe auch *Püttmann* Varior. opuſcul. Syll. p. 322.

nen konnte. Das Perſönliche Verhältniß derer, welche damit umgingen, kam hinzu. Gewöhnlich waren es Knechte und Freigelaſſene, wie ſich aus mehrern Geſetzen, und andern Nachrichten des Alterthums deutlich erweiſen läßt [1]). Vorzüglich aber verdienen hier zwei Conſtitutionen des Kaiſers Juſtinian [2]) angemerkt

1) L. 41. §. 6. D. de fideicommiss. libert. L. 16. §. 1. D. de alim. legat. L. 10. §. ult. D. de annuis legat. L. 25. §. 2. L. 26. D. de oper. libert.

2) Sin autem aliqua arte praediti sunt, exceptis notariis et medicis usque ad triginta solidos pretium eorum redigi. Sin autem notarius sit, vel medicus, siue masculus, siue femina, notarius quidem usque ad quinquaginta, medicus autem usque ad sexaginta taxetur. L. 1. §. 5. C. de comm. seru. manum. L. 3. pr. C. comm. de legat. Hiebei iſt nachzuleſen die obenangeführte Abhandlung: Medicus romanus seruus LX. solidis aestimatus, §. 9., woſelbſt man auch verſchiedene Zeugniſſe aus den Schriften des Cicero, Seneca, Plutarch, und Quintilian über dieſen Punkt geſammlet findet. Es iſt freilich nicht zu leugnen, daß nach und nach bei den Römern, zumal unter den Kaiſern, ſolche Aerzte aufkamen, deren Beſchäftigung und perſönliches Verhältniß von jener niedrigen Claſſe ſehr verſchieden war. vid. tit. cod. Theodos. *de Medicis et Professorib.* tit. cod. Juſtinian. et Theodos. *de comit. et archiat.* Dieſe wenigen Ausnahmen ändern aber die Sache nicht. Denn, daß ſowol die Kunſt ſelbſt, als auch diejenigen, welche derſelben oblagen, zu den Zeiten Juſtinians im Ganzen und dem gewöhnlichen Verhältniſſe nach noch ungeändert geblieben, beweiſt das Geſetzbuch dieſes Kaiſers in den angeführten Stellen zur Genüge. Ja ſelbſt in dem §. 7. I. de lege Aquilia, deſſen Erläuterung dieſe ganze Digreſſion veranlaſſet hat, wird einer ſolchen Beſchäftigung des ſogenannten

merkt zu werden, worin der ordentliche Werth ſolcher Sclaven, um darauf bei Erbtheilungen oder andern Vorfällen Rückſicht zu nehmen, beſtimmet wird. Leiſteten die ſogenannten medici einem Kranken für Gebühr ihre Hülfe: ſo war dieß den Geſetzen nach nichts anders, als eine locatio operarum [3]). Und ihre Verbindlichkeit ward nach eben den Grundſätzen beſtimmt, welche im Ganzen bei dieſem Contract obwalten. Gleichwie nun überhaupt wider denjenigen, der ſeine Arbeit einem andern vermiethet, und, es ſei nun vorſätzlich oder aus Unachtſamkeit, bei dieſer Gelegenheit Schaden angerichtet hat, nach Römiſchen Rechten eine gedoppelte Klage Statt findet, theils aus dem Contract ſelbſt, theils aus dem Aquiliſchen Geſetze [4]): ſo verhält ſich auch in Anſehung des medici nach klarer geſetzlicher Vorſchrift [5]) die Sache nicht anders. Hier fehlt alſo ſo viel, daß außer dem

D Fall

genannten medici gedacht, die nicht ad artes liberales gehört, ſondern nur der gemeinen Claſſe derzeitiger Aerzte eigen war.

3) L. 25. §. 2. D. de operis libert.: plerumque medici seruos eiusdem artis perducunt; quorum operis non aliter perpetuo uti possunt, *quam ut eas locent.*

4) L. 18. D. ad I. Aquil. L. 7. §. 1. L. 18. D. commodati. G. F. *Krausii* diss. de lege aquilia in eos etiam, qui ex contractu nobis obligantur. Vitemb. 1757. Struben in rechtl. Bedenken Th. 3. Nr. 61.

5) L. 7. §. 8. D. ad I. aquil.: si medicus seruum imperite secuerit, *vel ex locato* vel *ex lege aquilia* competere actionem.

Fall eines böſen Vorſatzes, und grober Fahrläſſigkeit eigentlich keine Klage geſtattet ſein ſollte, daß vielmehr ſolche ſelbſt dem ſtrengen Rechte nach, allerdings zuläſſig war. Und hieraus leuchtet, meiner Meinung nach, der Grund des Unterſchiedes, welchen das Römiſche Recht zwiſchen der dem dolo nicht gleich zu ſchätzenden Fahrläſſigkeit eines Arztes, und eines Richters in Beſtimmung der Verbindlichkeit beobachtet, ziemlich deutlich hervor.

§. 19.

Die übrigen Fälle, wo den Römiſchen Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden iſt, beſtätigen unſere Theorie von dieſer Art der Verbindlichkeiten gleichfalls. Item, ſagt der Imperator [1]), is, ex cuius coenaculo vel proprio, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum, effusumue aliquid eſt, ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ohne beſondere Hülfe des bürgerlichen Rechts, würde der Beſchädigte hier in der Verlegenheit ſein, den eigentlichen Urheber ausfindig zu machen, und wegen Ungewißheit deſſelben nicht leicht mit Sicherheit eine Klage anſtellen können. Denn daß der Bewohner, wenn er nicht ſelbſt die Handlung begangen hat, hier allemal und durchgängig in culpa ſein ſollte, läßt ſich, wenn man der Erfahrung und den Geſetzen der Vernunft nicht widerſprechen,

1) §. 1. J. de obl. quae quasi ex del. naſc.

derſprechen, wenn man keine Unmöglichkeiten zu Pflichten machen will, keineswegeſ behaupten. Deswegen aber den Civilgeſetzen eine Unbilligkeit vorwerfen wollen, würde wiederum ſehr voreilig geurtheilt ſein. Sie beruhen nichts deſtoweniger auf ſehr vernünftigen Gründen; nur eine durchgängige culpa des Beklagten iſt der Grund nicht; obgleich die mehrſten Rechtsgelehrten die ganze Verordnung daraus herleiten. Unſtreitig hat der Wirth und Bewohner des Hauſes eher Gelegenheit den wahren Urheber auszufindigen, und an ihn ſeinen Regreß zu nehmen, als der Beſchädigte. Und iſt einmal dergleichen Geſetz vorhanden, wonach er für die Handlungen auch anderer Perſonen haften muß; ſo wird ihm dieß ein ſtarker Antrieb ſein, auf das Betragen derjenigen, denen er in ſeiner Wohnung Aufnahme und Zutritt geſtattet, ein wachſames Auge zu haben. Grund und Abſicht dieſer zur Beförderung der öffentlichen Sicherheit ganz unentbehrlichen Legislation rechtfertigen ſich dadurch vollkommen. Daß nun freilich manches Individuum hier ohne alles Verſchulden das Vergehen eines andern büßen müſſe, ohne je Hoffnung zu haben, eine Vergütung wieder zu erlangen, iſt eine Sache, welche dem Geſetzgeber, der nur auf das Ganze Rückſicht nimmt, und nehmen kann, gar nicht zur Laſt gereicht [2]). Allein eben darum, und weil der Beſchä-

2) L. 10. D. de legibus.

digte nicht verbunden iſt, den Bewohner des Hauſes als den **Urheber** oder Theilnehmer der Handlung anzuklagen, heiſt es in unſern Geſetzbüchern: Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia *plerumque ob alterius culpam tenetur.* Daher die Geſetze auch erlauben, daß der Wirth, wenn er ſelbſt unſchuldig iſt, ſeine Entſchädigung von dem eigentlichen Thäter fordern darf, wenn er ihn ausfündig machen kann [3]), ſo auch wenn von mehrern Beklagten einer das Ganze bezahlt, und die übrigen dadurch von der Klage befreiet hat [4]), obgleich ſonſt dergleichen Regreßklage denen nicht frei ſtehet, welche ihres eigenen facti illiciti halber in Anſpruch genommen, und verurtheilet worden ſind.

§ 20.

Ein anderer Fall, welcher darin von der Regel abweicht, daß auch derjenige, von dem wirklich noch gar kein Schade angerichtet worden iſt, dennoch ſchon der bloßen Möglichkeit halber beſtraft werden ſoll, wird dem vorigen an die Seite geſetzt. Cui ſimilis eſt is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri ſolet, id poſitum aut suspenſum habet, *quod potest, si ceciderit*, alicui nocere, quo casu poena decem aureorum conſtituta eſt. Und hierauf fährt der Geſetzgeber fort: Item exercitor nauis, aut cauponae, aut ſtabuli

3) L. 5. §. 4. D. *de his qui effud.*
4) L. 1. §. 10. L. 3. ibid.

ſtabuli de dolo aut furto quod in naui, aut caupona aut stabulo factum erit, *quasi ex maleficio* teneri videtur, si modo ipsius nullum eſt maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera nauem aut cauponam aut ſtabulum exercet. Im Grunde findet hier das nämliche Statt, was wir ſo eben von dem Bewohner eines Hauſes oder Zimmers, und deſſen Verbindlichkeit, für die Vergehung eines andern haften zu müſſen, erwähnt haben. Denn obgleich der exercitor nauis etc. manche Gelegenheit hat, die Treue ſeiner Leute zu prüfen, und es auch Pflicht für ihn iſt, hierauf mit aller Sorgfalt Bedacht zu nehmen; ſo läßt ſich doch nicht immer und in allen Fällen behaupten, daß er bei einem jeden durch ſie verübten Diebſtal ſchlechterdings in culpa ſei. Darum heißt es auch von ihm ausdrücklich: Quum neque ex maleficio, neque ex contractu sit aduersus eum conſtituta hic actio, et *aliquatenus* culpae reus eſt, quod opera malorum hominum hic uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. Mehrere Fälle in welchen die Klage quasi ex delicto hergeleitet wird, geben die Geſetze ſelbſt nicht an, und ich glaube durch die bisherige Erläuterung der unter dieſer Rubrik aufgeführten einzelnen Verbindlichkeiten nunmehr den daraus abſtrahirten Begrif hinlänglich gerechtfertigt zu haben, daß nämlich die obligatio quasi ex delicto nach dem ächten Sinn des Römiſchen Rechts ſolche

Handlungen vorausſetze, welche an ſich zwar nicht erlaubt [1]); jedoch entweder nach den Regeln der moraliſchen Imputation [2]), oder doch wenigſtens nach ſonſtigen Vorſchriften des ſtrengen Rechts [3]) diejenige Verbindlichkeit nicht

1) Ioch. Hopp comment. ad inſt. Lib. IV. Tit. V. pag. 802. behauptet zwar das Gegentheil, und glaubt, hier ſolche Handlungen anzutreffen, welche an ſich erlaubt ſind. Wie aber, wenn der Richter litem ſuam macht, wenn jemand durch Herabwerfen oder Ausgieſſen beſchädigt, wenn im Schiffe, oder in der Herberge geſtohlen wird; iſt dieß etwa an ſich erlaubt? Ich weiß nicht, was der gute Hopp dabei gedacht haben mag, wenn er hierauf antwortet: iudicare, ex coenaculo effundere, in ſe licitum eſt; inde ex facto in ſe licito, ſed male adplicato, hic agitur. Ich denke, die üble Anwendung macht hier gerade das factum aus; denn wem iſt es unbekannt, daß eine Handlung mit den Umſtänden, worunter ſie geſchehen iſt, allererſt das wahre factum ausmacht. Dan. Nettelbladt *ſyſtem. elem.* iurispr. germ. comm. general. Halae 1781. §. 65. ſequ.

2) Z. B. wenn der Wirth und Bewohner des Hauſes oder Zimmers für die unerlaubte Handlung ſeiner Gäſte, imgleichen der exercitor nauis etc. für das Vergehen ſeiner Leute haften muß. Woltaer beſchränkt hierauf, wie wir oben bereits geſehen haben, den ganzen Begriff des ſogenannten quasi delicti. Allein man kommt nicht damit aus, wie die folgende Note noch deutlicher ergeben wird.

3) Z. B. der Richter, welcher aus Unachtſamkeit geſetzwidrig verfährt. Ihn von aller moraliſchen Imputation frei zu ſprechen, würde unſtreitig zu weit gehen. Und hieraus iſt klar, daß der Begriff, welchen Woltaer von der Sache angiebt, nicht völlig zutreffend ſei, ob er gleich der Wahrheit viel näher kommt, als die gemeine Lehre.

Nimmt

nicht geradezu hervorbringen würden, welche durch beſondere Verordnungen daraus entſpringt.

§. 21.

Die bisherige Erörterung ſetzt uns in Stand, nunmehr die wahre und eigentliche Theorie der Römiſchen Rechtsgelehrten von Entſtehungsart der Verbindlichkeit vollſtändig darzulegen. Die Haupteintheilung, wovon das ganze Lehrſyſtem ausging, war dieſe: Alle Verbindlichkeit gründet ſich entweder a) in einem Contract, oder b) in einer unerlaubten Handlung, oder c) ſie hat auſſerdem ihr beſonderes Fundament. Obligationes, ſo lauten die Worte des Gajus [1]) aut ex *contractu* nascuntur, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure, ex variis causarum figuris. Die letztere Gattung faßt alle die Verbindlichkeiten in ſich, wozu weder Contract, noch Verbrechen des Schuldners den Grund giebt. Einige beſondere Unterarten dieſer allgemeinen Claſſe ergeben ſich durch nähere Beſtimmung der Urſachen, welche ohne Contract und Verbrechen eine Obligation hervorbringen. Dieß geſchieht entweder durch Geſetze unmittelbar, — oder es wird ein factum des Verpflichteten vorausgeſetzt, und dadurch erſt die Verbindlichkeit gegrün-

Nimmt man aber die Betrachtung, worauf wir durch die Vorſchrift des ſtrengen Rechts geleitet werden, zu Hülfe: ſo ſcheint die Sache genau berichtigt zu ſein.

1) L. 1. D. de obligat. et action.

det. — Im erſten Fall iſt eine obligatio ex lege — vorhanden, im zweiten aber kömmt es auf die verſchiedenen Arten der Handlung an. Dieſe beſteht nämlich entweder in einem bloß einſeitig geſchehene, nicht acceptirten Verſprechen, als welches in einigen Fällen durch bürgerliche Geſetze vollkommen verbindlich erklärt worden — oder nicht, ſondern in andern factis. Dort haben wir die obligationem ex voto et pollicitatione; hier aber kommen noch zwei Arten der einſeitigen Handlung in Betracht, I ſolche, die an ſich erlaubt ſind, mit einigen Contracten in einem gewiſſen analogiſchen Verhältniſſe ſtehen, und ſchon nach der natürlichen Billigkeit ohne allen Vertrag oder Verſprechen eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringen; II. ſolche Handlungen, die an ſich zwar unerlaubt und ſträflich ſind, nur aber bald nach den Regeln der moraliſchen Imputation, bald nach Grundſätzen des ſtrengen Rechts, dem nicht geradezu zur Laſt gereichen, welcher ohne weitern Unterſchied dafür haften ſoll. — In jenem Falle hieß es eine obligatio quasi ex contractu, in dieſem aber quasi ex delicto; wovon die nähern Gründe oben bereits entwickelt ſind.

§. 22.

Wenn ich alſo zu den Verbindlichkeiten ex variis causarum figuris ſowol diejenigen rechne, welche unmittelbar aus Geſetzen, als auch diejenigen, welche

quasi

quaſi ex contractu, quaſi ex delicto abgeleitet werden: ſo weiß ich wol, daß die mehrſten Juriſten, welche ſich mit Erklärung des Römiſchen Rechts beſchäftigt haben, dieſer Theorie entgegen ſind, ob ſie gleich unter ſich mit dem proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris, nicht einerlei Begriffe verbinden [1]). Allein keiner von ihnen hat mich durch über-

D 5 zeugende

1) *I. H.* BÖHMER de actionibus ſect. 2. cap. 5. §. 5. will zu dieſer Claſſe nur diejenigen Verbindlichkeiten gerechnet wiſſen, welche vermöge der natürlichen Billigkeit aus Geſetzen unmittelbar entſpringen, nicht aber die ſogenannten quaſi contractus und quaſi delicta. So urtheilen auch *I. O.* WESTENBERG diſs. 2. de cauſis obligationum cap. 6. PÜTTMANN Lib. 2. *aduerſar.* iuris. uniuerſi p. 161. Verſchiedene andere Meinungen findet man beim Weſtenberg a. a. O. §. 4. Uebrigens können auch hiebei nachgeleſen werden PLATTNER de uſu legis Rhodiae de iactu in bello terreſtri. Lipſ. 1762. *Bernh.* WALTHER Lib. 2. miſcellan. Cap. 32. *I. L.* CONRADI de iuuentiana condictione ad L. 32. D. de. reb. cred. Marpurgi 1774. I. C. WOLTAER Faſc. Imo. obſeru. p. 89. Unſere Erklärung hat, was dieſen einzelnen Punkt anbetrifft, neuerer Zeit in den Juriſtiſchen Abhandlungen und Beobachtungen, herausgegeben von Meurer, Leipzig 1780. Erſte Samml. p. 17. ſequ. ihren Vertheidiger gefunden. Daß aber, wie dieſer behauptet, ſonſt noch kein Ausleger in den Worten: proprio quodam iure ex uariis cauſarum figuris dasjenige geleſen hätte, was darin liegt, kann man nicht annehmen. Schon Accurſius ad L. 1. D. de *obl. et act.* CUIACIUS *ibid.* und Nicol. CATHARINUS obſ. et coniect. IV. 6. bei MEERMANN Theſaur. VI. 792, (welcher jedoch dieſe Worte für einen Zuſatz des Tribonian

halten

zeugende Gründe auf ſeine Seite lenken können. Denn wenn in unſern Geſetzen die Entſtehungsart der Verbindlichkeit in folgenden Worten angegeben wird: obligatio naſcitur aut ex contractu aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris: ſo deucht mir iſt keine Erklärung natürlicher, als diejenige, daß überall da, wo eine Verbindlichkeit, die nicht ex contractu, nicht ex maleficio herrührt, vorhanden iſt, der Fall eintrete, wovon es im allgemeinen heißt: proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris. Ganz unſtreitig gehören dahin auch die Verbindlichkeiten, welche unter der Beſtimmung: quaſi ex contractu, quaſi ex delicto, vorkommen, weil ſie gleichfalls in der That weder aus einem Contracte, noch aus einem Verbrechen des Verpflichteten herzuleiten ſind, welches auch die Geſetze ſelbſt bei jedem einzelnen Falle dieſer Art angemerkt haben.

Die

halten will,) verſtanden Verbindlichkeiten quaſi ex contractu und quaſi ex delicto darunter. *Anton* SCHULTING *iurisprud. anteiuſt.* ad *Gaii inſtit.* II. 9. p. 144. ſagt aber noch beſtimmter: Sub illis, quae proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris naſcuntur, comprehendere videtur, tam quae *quaſi ex contractu*, vel *quaſi ex delicto* ſunt, quam quae *ex lege*, *edicto*, vel *alio ſimili iure* naſcuntur —. So auch *Pothier Pandect. Juſtin. Tit. de obl. et act.* Art. 2. §. 3. ALEXANDER *ad Gaium* c. l. HOFACKER elem. iur. ciu. p. 315. Auch ſind nachzuſehen *Joh. Jul.* PRESSEL *de variis cauſar. figur.* Jenae 1701. *Gottl.* STURM de var. cauſ. fig. Vitemb. 1734. Juſt. MÜHLPFORT de var. cauſar. figur. Jenae 1674.

Die Idee der nachherigen Ausleger, daß der ſogenannte Quaſicontract durch mächtige Hülfe der Fictionen ſelbſt eine Gattung der Verträge ausmache, folglich die daraus entſtehende Verbindlichkeit zu denen, die aus Contracten entſpringen, gleichfalls mit gerechnet ſei, keinesweges aber zu den gedachten variis causarum figuris gehöre; dieſe Idee den Römiſchen Rechtsgelehrten ſelbſt andichten wollen, würde ſehr unrecht gegen ſie gehandelt ſein. Man leſe die Fragmente des Gajus, worin er den Entſtehungsgrund der Verbindlichkeit abhandelt, und welche in den Pandekten [2]) nach eben der Reihe und Folge rangirt ſind, wie man ſie in ſeinen Schriften ſelbſt angetroffen hat; und man wird uns hierin beizupflichten kein Bedenken finden [3]). Wenn nämlich der Juriſt

2) L. 1. 4. 5. D. *de obligat. et action.*

3) Die Inſcription der erwähnten Geſetze bezeugt, daß L. 1 aus dem Lib. 2. aureorum, L. 4. und 5. aber aus dem 3ten Buche genommen worden ſind; wiewol Conradi Parerg. p. 143. nicht ohne Grund anzunehmen ſcheint, daß auch cit. L. 1. aus dem dritten Buche aureor. entlehnt ſei. Hiebei, und was überhaupt den wichtigen Grund anbetrifft, welchen ſelbſt die Ordnung der einzelnen Fragmente aus Gaii Schriften im Titel de obligationibus et actionibus, für die Erklärung ſeiner Worte darbiethet, muß ich auf die gründliche Abhandlung eines gelehrten Freundes verweiſen, der auch in dieſer Materie zu meiner großen Freude mit mir nicht allein übereinſtimmt, ſondern auch die angenommene Lehre noch überzeugender darſtellt. A. G. Cramer Dispunct. iur. ciu. Cap. 3.

riſt zuvörderſt an der erſten Stelle 4) die Hauptquellen im allgemeinen angiebt: den Contract — das Verbrechen, und das beſondere Fundament nach verſchiedenen Verhältniſſen der vorkommenden Fälle — ex variis causarum figuris, darauf aber jede dieſer Quellen wieder einzeln durchgehet; und L. 1. §. 1. sequ. mit dem Contract den Anfang macht, deſſen verſchiedene Eintheilungen angiebt, ohne der Verbindlichkeiten quasi ex contractu mit irgend einem Worte dabei zu erwähnen, geſchweige denn ſolche als Untergattungen dahin zu rechnen; wenn er darauf L. 4. von den Verbindlichkeiten ex maleficio redet; und dann erſt, nachdem er alles dieſes abſolviret hat, die beſondern Pflichten quasi ex contractu, und quasi ex delicto nachholt, ſolche auch in L. 5. mit einander verbindet; ſo iſt wol nichts wahrſcheinlicher, als daß er dieſe zu der allgemeinen Rubrik, ex variis causarum figuris, **wovon wir ſonſt keine beſondere Erläuterung antreffen**, gerechnet habe. Der Verbindlichkeiten, welche aus Geſetzen unmittelbar entſtehen, erwähnt zwar Gajus bei dieſer Gelegenheit nicht ausdrücklich. Da er aber alles, was nicht aus Contracten und Verbrechen entſteht, zuletzt in eine Claſſe bringt: ſo iſt es dem Sinne ſeiner Worte wenigſtens nicht entgegen, wenn man auch die unmittelbare Verbindlichkeit unter den variis causarum figuris mit verſteht.

4) cit. L. 1. pr. D. de obl. et. act.

§. 23.

Im Ganzen glaube ich nunmehr, den wahren Sinn der im Römiſchen Rechte von Entſtehungsart der Verbindlichkeit enthaltenen Grundſätze hinlänglich entwickelt zu haben [1]). Ich kann aber dieſe Materie nicht völlig verlaſſen, ohne vorher noch zweierlei angemerkt zu haben. **Erſtlich**: Die bisher erläuterte Theorie der Römiſchen Rechtsgelehrten iſt durch irrige Erklärung und Zuſätze der Ausleger ungemein verwirret worden; es verlohnt ſich daher wol der Mühe, dieſe Irrthümer, welche ſich nicht bloß bei den Gloſſatoren erhalten, ſondern bis auf unſere Zeiten noch immer ihre Vertheidiger gefunden haben, der Reihe nach kürzlich durchzugehen. **Zweitens**: Obgleich die Fehler der Ausleger dem Römiſchen Lehrſyſteme an ſich nicht zur Laſt gereichen: ſo iſt doch das letztere ſelbſt in dieſem Stücke nicht von Mängeln frei, vielmehr in manchem Betrachte ſehr unzulänglich, und wenigſtens unſerer Jurisprudenz gar nicht mehr angemeſſen; daher die Nothwendigkeit erfordert, den

1) Ich ſage mit Fleiß im Ganzen. Was aber die beſondere Erläuterung der Römiſchen Lehre von den eigentlichen Contracten und ſimplen Verträgen anbetrifft: ſo verweiſe ich deshalb auf *Christ. Fried. Georg* Meister diſſert. *de in factum actionibus* Goett. 1748. Cap. I. §. 5. in deſſen ſelect. opuſc. Tom. I. pag. 315; imgleichen auf *Joh. Gottl.* Langsdorfii tract. *de pactis et contractibus Romanorum, et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate romano.* Manhemii 1777.

den Urſprung der Verbindlichkeiten auf richtigere Grundſätze zurückzuführen. Beides ſoll ſogleich näher gezeigt werden.

§. 24.

Nichts konnte unſchicklicher ſeyn, als 1) die Erklärung der Verbindlichkeiten quasi ex contractu durch den Satz: **daß die Geſetze den Conſens der Parteien fingirten, und aus dieſer angenommenen Erdichtung die ganze Verbindlichkeit entſpringe** —. Schon verſchiedene Rechtsgelehrte [1]) haben das Lächerliche dieſer Fictionen nach Würden gerügt; vorzüglich aber hat der gedachte Irrwahn an dem berühmten Gottl. Gerh. **Titius** einen ſcharfen Gegner gefunden [2]). Und kaum ſollte man

1) *Sam. de* Cocceii iure ciuil. controuers. Lib. II. Tit. XIV. Quaeſt. 12. *Wolr.* Burchardi Diss. causam principem quaſi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam. Herbornae 1759. Joh. Jac. Prehn Erörter. der Frage: Ob die Legitimation unehelicher Kinder ſich in einer römiſchen Erdichtung gründe? Roſtock 1777. *Joh. Gottl.* Langsdorf de pactis et contractibus Romanorum. Manhem. 1777. Cap. 9. §. 139. ſequ.

2) *Gottl. Gerh.* Titius diss. de fictionum romanarum natura et inconcinnitate. Lips. 1694. imgleichen in ſeinem Iure priuato rom. german. Lib. I. cap. 9. Nur darin geht dieſer Schriftſteller zu weit, daß er das Unding, welches er zur Ehre der geſunden Vernunft, aus unſerer Wiſſenſchaft wegwünſcht, dem Römiſchen Rechte ſelbſt, und nicht vielmehr den Auslegern deſſelben, denen wir es doch nur allein zu verdanken haben, zur Laſt legt.

man es möglich glauben, daß eine Meinung, welche von aller geſetzlichen Unterſtützung ganz verlaſſen [3]), ſich ſelbſt widerſprechend [4]), in aller Abſicht ungegründet und ohne Nutzen iſt [5]); noch immer in gang-

3) Man wird im ganzen Römiſchen Rechte nicht eine einzige Stelle antreffen, welche die erwähnte Art der Verbindlichkeiten aus einem fingirten Conſens herleiten ſollte. Was bewog alſo die Ausleger, einen in ſeiner Art höchſt ſeltſamen Grund herbei zu rufen?

4) Selbſt der Begriff, welchen die Ausleger von den geſetzlichen Fictionen angeben, hätte ſie wenigſtens in dieſer Materie davon entfernen müſſen. Wo iſt die Möglichkeit beiderſeitiger Einwilligung, welche doch nach dem Begriff der Fiction da ſein müßte, wenn wir uns auf der einen Seite ein unmündiges Kind, einen Raſenden, oder Wahnwitzigen gedenken? oder fingiren etwa die Geſetze auch, daß das Kind ſchon mündig, der Wahnſinnige ad hunc actum geſcheut geweſen? — Ueberdem giebt es hier verſchiedene Fälle, wo die Verbindlichkeit ſogar diejenigen trifft, welche nicht allein nicht conſentirt, ſondern in der That ausdrücklich diſſentirt haben. L. 2. D. de tigno iunct. L. 14. §.13. D. de religioſ. Daß nun jemand zugleich in eine und eben dieſelbe Sache gewilligt und nicht gewilligt habe, iſt ein Widerſpruch, und eine Unmöglichkeit, die ſich doch wol nicht fingiren läßt.

5) Wären die Fälle, welche hieher gehören, von der Beſchaffenheit, daß ſie ihrer Natur nach den wechſelſeitigen Conſens zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit erfordern, und daß ſie nur durch ganz ſpecielle Vorſchrift des bürgerlichen Rechts außer einem wirklichen Vertrag die verbindende Kraft überkommen hätten, ſo könnte man den Behelf der Fiction allenfalls gelten laſſen. Nun aber wird man ſchon beim erſten Anblick überzeugt, daß es in

allen

gangbaren Lehrbüchern ſich erhalten könne [6]).

§. 25.

Man iſt II) ſo weit gegangen, aus den oben erwähnten Rechtsfällen unter dem Nahmen der Quaſicontracte und *quasidelictorum* [1]),

eigene

allen dieſen Fällen auf die Einwilligung desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, gar nicht ankommt; daß ſolche in keinem Betracht erforderlich iſt, und daß folglich der fingirte Conſens, worauf die Ausleger die Obligation zurückführen, nicht nur einen völlig unnützen, ſondern auch offenbar falſchen Grund der Verbindlichkeit abgiebt.

6) I. H. Boehmer *introd. in ius Digest.* tit. de pactis §. 15. Hellfeld Iurisprud. forens. §. 289. u. 307, wo beſonders auch der conſensus fictus als eine geſetzliche Urſache — (causa ciuilis) wodurch Verträge zu Contracten erhoben werden, aufgeführt wird: da doch einestheils die Geſetze ſolches gänzlich ignoriren, und anderntheils die Geſchäfte, wobei man den fingirten Conſens anzubringen pflegt, ſicher keine Verträge ſind. Daß man übrigens die Ausdrücke: consensus *fictus* und *praesumtus* ſynonymiſch zu gebrauchen pflegt, iſt eine ſehr unſchickliche Terminologie. Der letztere bezeichnet wol Sprachrichtiger die Fälle, wo die wirkliche Einwilligung zwar in facto nicht völlig erwieſen, aber doch den Umſtänden nach wahrſcheinlich iſt. Man denke ſich nur das mandatum praesumtum; oder würde man dieß auch mandatum fictum nennen wollen? Erſterer hingegen ſoll in Fällen, wo es ausgemacht iſt, daß gar keine wirkliche Einwilligung geſchehen, ja wo dieſe oft nicht möglich iſt, dennoch von den Geſetzen angenommen werden. Das kann man doch wenigſtens nicht praeſumtum nennen.

1) Ueber den bloßen Ausdruck: quasicontractus, quasidelictum, würde ich kein Wort verlieren, wenn es hier

allein

eigene Gattungen von Verträgen und Verbrechen zu machen, und die Eintheilung in

E wahre

allein nur auf Grammatiſche Richtigkeit ankäme. Iſt es doch überhaupt in unſerer Wiſſenſchaft und den Schriften der Rechtsgelehrten gar nicht ſelten, daß der ächte lateiniſche Ausdruck durch Worte und Redensarten, die dem Genie der Sprache entgegen ſind, faſt ganz verdrungen wird. Warum wollte man grade nur gegen den Quaſicontract und das Quaſidelictum ſo intolerant ſein? Wenn die Sache die dadurch bezeichnet werden ſoll, und die Idee, welche man mit jenen Worten verbindet, an ſich nur richtig iſt: in verbis simus faciles. Allein, da dieſes eben hier der Fall gar nicht iſt; — da die unſchickliche Terminologie dem irrigen Begriffe, welcher nach und nach in die Syſteme der Rechtsgelahrtheit eingeſchlichen, ja am Ende faſt herrſchend geworden iſt, immer mehr zur Nahrung dient, — da man zur Zeit noch weniger Lehrbücher von dem Fehler gereinigt finden wird, deſſen Woltaer in folgenden Worten gedenket: Ante omnia notes velim, dictionem quasi contractus, quasi delicti in toto iure non reperiri, sed a doctoribus eſſe adinuentam; noua et olim non exaudita inflexione, quae alios deinde induxit incautiores, ut quasicontractum nescio quam contractuum et pactorum speciem putarent. *Obseru.* iur. ciuil. Tom. I. p. 111. —, ſo wird es nicht ganz überflüſſig ſein, die Ungereimtheit der gedachten Terminologie etwas näher ins Licht zu ſetzen. Wer inzwiſchen an Unterſuchungen dieſer Art keinen Geſchmack findet, wer ſein juriſtiſches Studium bloß auf Küche und Keller einſchränkt, dem will ich die quasicontractus, quasidelicta, den quasiusumfructum, die quasipossessionem, quasi traditionem etc., wobei er und ſeine Vorgänger ſich wol befunden haben, gern ungekränkt laſſen. Es fehlt aber auch ſelbſt unter unſern beſten Civiliſten nicht an ſolchen, welche die obige

wahre und Quaſicontracte, in wahre und Quaſidelicta zu erſchaffen, welches deſto feh-

obige Art des Ausdrucks in ihren Schutz nehmen, und obgleich die Geſetze ſelbſt von quasi contractibus, quasi delictis etc. etc. gar nichts wiſſen, dennoch ſolche dem Redegebrauch des Römiſchen Rechts ganz angemeſſen finden. Kommt nicht, ſagen ſie, im Römiſchen Rechte eine quasi possessio L. 10. D. Si seruit. vind., ein quasi ususfructus §. 2. I. *de usufr.* — ein peculium quasi castrense, §. ult. I. de test. mil. — eine actio quasi seruiana, §. 7. I. de action. — ein quasi pignus L. 13. §. 8. D. de act. emt. et vend. — ja ſogar ein quasi maritus L. 32. §. 27. D. de donat. int. V. et V. und mehr dergleichen häufig vor? Allein, bei genauer Nachleſe, und Prüfung der erwähnten Stellen findet man ſogleich, daß das Wörtgen quasi immer nur in gewiſſer Verbindung der Rede ganz für ſich, und als Partikel gebraucht, keineswegs aber in der Maße einem andern Worte vorgeſetzt ſei, daß durch ſolche Verbindung ein eigenes Subſtantivum gebildet werde. Die Texte alſo, worin die erwähnte Partikel gar nicht einmal dem Subjecte, ſondern vielmehr dem Prädicate vorſtehet, entſcheiden augenſcheinlich gar nichts wider uns. Der Ausdruck: actio quasi seruiana, peculium quasi castrense, giebt ſicher, denen wenigſtens, die nur irgend mit der Sprache bekannt ſind, keinen analogiſchen Grund, um grammatiſch richtig ſagen zu können: der quasi contractus, das quasi delictum. Man leſe ferner die Schriftſtellen, worin eine quasi possessio, ein quasi ususfructus etc. vorkommen ſoll, mit einiger Aufmerkſamkeit durch; um den Werth oder Unwerth dieſes Einwandes richtig zu beſtimmen. Wenn in L. 10. D. Si Seruit. vind. geſagt wird: diuturno usu quis, et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus est; ſo ſiehet ein Jeder, daß hier die Partikel quasi gerade

ſo

fehlerhafter iſt, je weniger die Geſetze ſelbſt ſolche Eintheilung billigen, und je weniger ſie nach der Natur der Sache und den Regeln der Vernunftlehre ſich irgend vertheidigen läßt —. Denn wenn die Rechte verordnen, daß dieſe oder jene Handlung auch ohne Vertrag ſo gut verbinden ſoll, als ob ein Contract unter den Parteien eingegangen wäre: ſo erklären ſie doch ſicher die Handlung nicht ſelbſt für eine Gattung von Verträgen [2]); wenn der Geſetzgeber beſtimmt, daß dieſe

 oder

ſo gebraucht worden, wie wir ſie in der Inſcription des Titels der Inſtitutionen de obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur, antreffen. Der Juriſt ſagt: longa quasi possessione — nicht aber per quasipossessionem longam, oder ex quasipossessione longa. Grade ſo verhält ſich die Sache auch mit den übrigen Geſetzſtellen, worauf man ſich zu berufen pflegt. Kurz, ſo wunderlich es ſein würde, wenn Jemand aus den Worten des Cicero Orat. in Verr. II. 187.: Repente adspicimus lituras eiusmodi, *quasi vulnera* tabularum recentia, ein quasi vulnus bilden wollte: ſo ſeltſam ſind auch die von den Auslegern angenommenen quasi contractus, quasi delicta, und mehrere dergleichen Ausdrücke.

2) Man beruft ſich zwar, um die ältern Juriſten in dieſem Stück für ſich zu haben, vorzüglich auf die Worte **Paulli** L. 16. D. *de negot. gest.*: Quum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed *unus contractus.* Nisi ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet, hoc enim casu, si noua voluntate aliud quoque aggredi coeperit; *alius contractus est* — ingleichen des **Ulpian** L. 23. D. de Reg.

oder jene an ſich nicht erlaubte Handlung wider denje-nigen eine Klage hervorbringen ſoll, welcher oft gar nicht

Reg. iur.: *Contractus quidam* dolum malum duntaxat recipiunt, quidam dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum — *tutelae* et *negotia gesta*. Es gewinnet in der That das Anſehen, daß an dieſen Stellen die Verwaltung fremder Geſchäfte ohne Auftrag des Principals, imgleichen die Führung einer Tutel, den Verträgen als Unterarten beigezählet werden. Allein, zuvörderſt iſt eben dasjenige, was der Kaiſer Juſtinian vom Misbrauch ſolcher Dinge, die durch Gebrauch conſumirt werden, erinnert: Non fecit quidem Senatus earum rerum usumfructum; *nec enim poterat;* §. 2. I. de usufructu, auch hier anzuwenden. Ein Geſchäfte, welches ſeiner Natur nach kein pactum iſt, zu einer Gattung von Verträgen zu machen, iſt weder in den Kräften, noch je die Abſicht der Römiſchen Rechtsgelehrten geweſen. Der von ihnen gebrauchte Ausdruck: contractus iſt bei weitem noch nicht hinreichend, um ihnen dieſen Sinn mit Grunde beilegen zu können, oder man müßte die mancherlei Bedeutungen, welche gedachtes Wort bei ihnen hat, gänzlich verkennen. Voet Comment. ad Pandectas Tit. de donationibus, 32. Nicht immer werden Verträge, ſondern häufig alle übrige Arten verbindlicher Handlungen, ſelbſt die unerlaubten mit eingeſchloſſen, durch *contractus* bezeichnet. Eben der Paullus, deſſen oben angeführte Worte uns entgegen zu ſein ſcheinen, erklärt ſich ſelbſt an einer andern Stelle: L. 20. D. de iudiciis, dahin: *Omnem obligationem pro contractu habendam esse;* ut ubicunque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. Hieher gehören aber auch die Worte des Tryphoninus L. 52. D. de re iud.: Si rerum amotarum cum viro agatur, in solidum condemnari debet, quoniam

nicht daran ſchuld iſt; ſo wird dadurch die Handlung in Anſehung ſeiner noch nicht ſogleich ſelbſt eine Art von Verbrechen, noch auffallender iſt der Irrthum, welcher bei dieſen Eintheilungen obwaltet, wenn man ſolche nach den Regeln der Vernunftlehre etwas genauer zu prüfen ſich die Mühe nimmt. Es kommen Unterarten zum Vorſcheine, welche grade das Gegentheil von der Hauptgattung ſind. Man denke ſich einen Vertrag, und man muß ſchlechterdings eine wechſelſeitig erklärte Einwilligung vorausſetzen; Man denke ſich aber einen Vertrag ohne beider Theile Conſens, ohne Verſprechen, folglich auch ohne Annahme deſſelben; und man denkt — einen Widerſpruch der erſten Größe. Gehen wir die ſogenannten Quaſicontracte der Reihe nach durch: ſo treffen wir überall Handlungen an, bei denen weder ein Verſprechen noch

 weniger

quoniam ex *malo contractu* actio oritur, — imgleichen des **Marcianus** L. 15. D. *de donat.*: post *contractum crimen* capitale donationes non valent, — wie auch des **Papinian** L. ult. D. de accusat.: apud eos accusator, apud quos *crimen contractum* ostenditur. Wie wenig alſo die gemeine Lehrart auf den Beifall der Römiſchen Geſetze und Rechtsgelehrten zu rechnen habe, iſt hieraus abzunehmen; da eineſtheils der vorgebliche consensus fictus ſich nirgend beſtätigt findet, anderntheils aber der Ausdruck, *contractus* und contrahere, in Rückſicht auf ſeinen weitläuftigen Umfang, ſchlechthin keinen Grund abgiebt, zu behaupten, daß die Juriſten jede Handlung, wobei ſie ſich deſſen bedienen, als eine Gattung von Verträgen angeſehen hätten.

weniger eine Acceptation vorhanden iſt. Was wird alſo aus der Hauptgattung, deren Weſen auf Dinge beruhet, die den Unterarten gänzlich ermangeln? Was wird aus der Species, die das Weſen des Genus nicht hat? ———. Nach der Natur eines Verbrechens iſt nur derjenige daraus verpflichtet, der ſich der Uebertretung eines Strafgeſetzes ſchuldig gemacht hat. Wenn aber der Bewohner eines Hauſes oder Zimmers, der exercitor nauis etc. etc. nach Vorſchrift der Geſetze für eine fremde Handlung büßen muß, ob er gleich zeigen kann, und will, daß er ſelbſt für ſeine Perſon weder mit Vorſatz, noch aus Fahrläſſigkeit Theil daran genommen habe, ſo kann der Grund ſeiner Verbindlichkeit allein nur aus Verordnung der Geſetze hergeleitet, nicht aber in einem von ihm begangenen Verbrechen geſetzet werden.

§. 26.

III.) **Man ſetzt gewöhnlich den ganzen Unterſchied der Verbindlichkeiten, welche aus einem wahren Verbrechen entſpringen, und derjenigen, welche** *quaſi ex delicto* **Statt finden, darin, daß jene aus einem ſträflichen Vorſatze, dieſe hingegen aus Fahrläſſigkeit herrührten;** eine Theorie, welche dem Sinn des Römiſchen Rechts grade entgegen iſt. Weil aber das Irrige derſelben bereits oben dargelegt, und zugleich der wahre Begriff, ſo wie ihn die Geſetze ſelbſt an Hand geben,

ent-

entwickelt iſt, ſo darf ich mich hier einer Wiederholung füglich überheben.

§. 27.

IV.) Obgleich das Römiſche Geſetzbuch ſelbſt nicht den geringſten Anlaß giebt, die Zahl der Verbindlichkeiten *quasi ex contractu* und *quasi ex delicto* außer den wörtlich genannten Fällen noch mit mehreren zu verſtärken, wol aber die triftigſten Gründe vorhanden ſind, dieſe Art der Verbindlichkeiten nur auf die einzelnen Fälle, welche das Geſetz ausdrücklich dahin rechnet, einzuſchränken: ſo haben die Ausleger dennoch von Zeit zu Zeit immer mehrere Geſchäfte und Handlungen dahin gerechnet, die doch weder ihrer Natur und Beſchaffenheit, noch den Geſetzen nach je dahin gehören ——. Daß Geſchäfte, wo zum wenigſten ein ſtillſchweigender Vertrag Statt findet; in keinem Betrachte zu den ſogenannten Quaſicontracten gezählt werden können, leidet ſelbſt nach der gewöhnlichen Erklärung keinen Zweifel; indem man ſonſt wider den Inhalt der Geſetze [1]) das tacitum mandatum mit der negotiorum geſtione vermengen würde; nichts deſto weniger wird die Verbindlichkeit, welche den Gaſtwirthen ꝛc. wegen Aufnahme fremder Sachen und

1) L. 18. D. Mandati L. 4. pr. D. pro Socio. Westenberg Diss. 2. *de causis obligat.* Cap. 3. §. 17.

Güther obliegt, von verſchiedenen Gelehrten aus einem ſogenannten Quaſicontracte hergeleitet [2]; ohne zu bedenken, daß im Ganzen das Rechtsverhältniß der Parteien ſich hier unſtreitig auf einen wahren, wo nicht ausdrücklich: doch ſtillſchweigend — ipſo facto receptionis — geſchloſſenen Vertrag gründet, was man doch bei den Verbindlichkeiten quasi ex contractu nicht antrifft [3]. Und wenn auch aus dem Geſchäfte an ſich betrachtet, aus der Handlung des Gaſtwirths, welcher die Sachen bei ſich aufnimmt, die Verbindlichkeit in dem Umfange, wie ſie der Prätor beſtimmt hat, nicht folgen würde: ſo iſt doch bloß darum, weil der Prätor nur die Wirkung eines wahren Contracts erweitert, und zu dem Ende eine beſondere Klage geſtattet hat [4], ſicher noch kein Grund vorhanden

2) Richter *de actione in factum ex quasi contractu receptionis.* Coccii iure controu. Tit. Nautae caup. Quaest. 1. und daſelbſt Emminghaus nota a.

3) Nautae enim, caupones, stabularii dum suam exercent professionem, securitatem *ipso facto promittunt*, quam per illationem rerum suarum *intendunt peregrinantes.* Habes igitur *utriusque consensum* facto declaratum, qui *conuentionem tacitam* constituit. *J. A.* Helfeld iurisprud. forens. §. 486.

4) L. 3. §. 1. D. Nautae, caup.: Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria videndum, quia agi ciuili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces interuenerit, ex locato vel conducto — si gratis susceptae sint, ait Pomponius depositi

handen, dieſe Verbindlichkeit zu denen quasi ex contractu zu rechnen. Die Römiſchen Rechtsgelehrten wiſſen zwar von Verbindlichkeiten der Gaſtwirthe quasi ex *delicto*, aber daß auch jenes ihrem Sinne gemäß geweſen ſein ſollte, finden wir nicht. Obgleich die Geſetze ausdrücklich nur die Verbindlichkeit des Erben zur Bezahlung der Vermächtniſſe unter diejenigen obligationes zählen, quae quasi ex contractu nascuntur, daß er hingegen die Schulden des Erblaſſers berichtigen müſſe, bekanntlich aus ganz andern Gründen zu erklären iſt [5]; ſo haben doch einige Rechtslehrer kein Bedenken gefunden, auch die letztere Verbindlichkeit des Erben auf eben den Entſtehungsgrund, welchen die Geſetze in Anſehung der

depoſiti agi potuiſſe. Miratur igitur cur honoraria actio ſit inducta: cum ſint ciuiles? niſi forte inquit ideo, ut innoteſceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in depoſito dolus duntaxat praeſtatur; at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamſi ſine culpa eius res periit, vel damnum datum eſt, niſi ſi quid damno fatali contingit.

5) L. 49. D. de O. et A. Nov. 48. praef. in den Worten: Cum utique noſtris videtur legibus unam quodammodo eſſe perſonam heredis, et eius, qui in eum transmittit hereditatem. L. 2. §. 2. D. de V. O. L. 59. D. de Reg. iur. Westenberg princ. iur ſec. ord. Inſtit. Lib. III. Tit. XXVIII. §. 21. Hoepfner elem. iur. ciuil. Heinecc. §. 997. not. *.

Vermächtniſſe angeben, zurück zu führen. [6]) Mehrere Beiſpiele ſolcher gegen den wahren Sinn des Römiſchen Rechts vorgenommenen Ausdehnung hat Joh. Ortw. Weſtenberg [7]) angeführet, und unter andern auch die gemeine Lehre, wornach die Litiscontestation unter die Quaſicontracte gerechnet wird, aus guten Gründen beſtritten [8]). Man denke nicht, daß dieſes alles nur auf theoretiſche Spitzfindigkeiten hinausgehe; es hat allerdings auch praktiſchen Nutzen, wovon folgendes Beiſpiel zeugen mag. Die Juriſten ſtreiten bekanntlich ſehr darüber, ob dem Fiscus, in Anſehung der Geldſtrafen und Inquiſitionskoſten, ein Geſetzliches Pfandrecht zuſtehe? Diejenigen, welche dieſe Frage verneinen [9]), gründen ſich zwar vorzüglich darin

6) Hofacker Institut. iur. rom. §. 360. in den Worten: Tenetur heres quasi ex contractu tam *ad suscipiendas obligationes defuncti*, quam ad implendam voluntatem eiusdem.

7) Diss. 2. de caus. oblig. Cap. 3. §. 22. sequ.

8) Anfänglich beſtand dieſe gerichtliche Handlung in einer Stipulation, mithin in einem wahren Contracte; und obgleich in der Folge unter den Kaiſern der ſolemne Ritus abgekommen iſt: ſo finden wir doch in keiner Stelle des Römiſchen Rechts den ſogenannten Quaſicontract dafür ſubſtituiret. Peretz Comment. ad Codicem Tit. de litis contestatione. Winkler de discrimine litis contestationis antiquae et hodiernae; in eiusdem opusculis minoribus I. 2. 239.

9) Ludovici Diss. de hypotheca tacita fisci propter debita ex delicto. Peretz Prael. ad cod. Lib. X. Tit.

darin, weil kein ausdrückliches Geſetz vorhanden iſt, welches dem Fiscus das erwähnte Recht nahmentlich ertheilte, außerdem aber keine Legalhypothek Statt fände. Jedoch den Hauptgrund, welchen ihre Gegner [10]) für ſich anführen, daß nämlich die Litiscontestation,

Tit. VII. n. 5 *Joh.* Voet Comment. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 9. Westphal vom Pfandrechte §. 75.

10) Carpzov P. IV. Const. 23. Def. 14. n. 16. Lyncker Respons. 107. n. 24. Leyser Spec. 90. Med. 10. Helfeld Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis, Jenae 1771. §. 9. in opusc. pag. 237.

Da die Sache inzwiſchen immer noch ſtreitig iſt: ſo verdient ſie, ihrer Wichtigkeit wegen, allerdings durch eigene Geſetze eine gewiſſe Beſtimmung zu erhalten. Folgende Kabinetsverfügung des größten Monarchen unſerer Zeit kann darin zum Muſter dienen: Mein lieber geheimer Etats-Miniſter von Horſt! Ihr habt aus der abſchriftlichen Anlage mit mehrerm zu erſehen, was auf meine Ordre der Etatsminiſter von Münchhauſen wegen der von den Acciſegerichten zu Breslau dem dortigen inſolventen Kaufmann Weidner, einer begangenen Acciſedefraudation halber, dictirten Geldſtrafe von 5176 Rthlr. an Mich berichtet hat. Da es nun ganz recht iſt, daß eine Geldſtrafe ſogleich, als ſie nicht dem Schuldigen ſelbſt zum Verluſt gereichet, in Leibesſtrafe verwandelt werden muß; indem ſonſt gegen Kaufleute, ſo übel ſtehen, die Geldſtrafen ihren geſetzlichen Endzweck verfehlen, und die Geldſtrafe nicht ſie, ſondern ihre unglückliche Creditoren trifft: So befehle Ich hiedurch, daß ihr von Meinentwegen die Acciſegerichte zu Breslau anweiſen ſollet, daß zwar die verſchwiegene Acciſe, welches der eigentliche Verluſt der Acciſecaſſe iſt, aus der Weidnerſchen Maſſe bei-

teſtation, als Quaſicontract das Pfandrecht des Fiscus um ſo mehr begründe, je gewiſſer ihm ſolches überhaupt in dem Vermögen derjenigen, welche einen Vertrag mit ihm geſchloſſen haben, zuſtehe —, dieſen Grund gradezu anzufechten, haben ſie nicht wagen mögen, ob er gleich in der That nichts weniger als richtig iſt.

§. 28.

So weit von den Irrthümern der Ausleger, welche freilich dem Römiſchen Rechte ſelbſt nicht zur Laſt gereichen. Es kann inzwiſchen nicht geleugnet werden, daß in dieſer Lehre von den Römiſchen Rechtsgelehrten ohne Noth Subtilitäten eingeführet worden, welche der Wahrheit mehr nachtheilig, als vortheilhaft ſind. Der ganze Umweg, da, wo kein Vertrag oder wirkliches Verbrechen vorhanden iſt, dennoch die Verbindlichkeit mit einem *quasi* ex contractu — *quasi* ex delicto zu ſtempeln, dient im Grunde zu Nichts, als die Sache zu verwirren, und richtige Erkenntniß derſelben zu erſchweren. Unſtreitig iſt es daher weit ſchicklicher, den wahren Entſtehungs-

beigetrieben, die Geldſtrafe aber, weil ſie nur die unſchuldigen Creditoren treffen würde, in eine deren hohem Betrag proportionirte Leibesſtrafe des Defraudanten verwandelt werden ſoll ꝛc. ꝛc. Potsdam, den 5ten November 1765. Friederich.
Beiträge zur juriſtiſchen Litt. in den Preußiſchen Staaten, 2te Samml. p. 147.

hungsgrund geradezu anzugeben, folglich die erwähnten Verbindlichkeiten bald aus Geſetzen **unmittelbar**, bald aus **einſeitigen** Handlungen herzuleiten. Es fehlt auch ſelbſt im Römiſchen Rechte nicht an Beiſpielen, wo dieſe Methode ohne weitern Umſchweif befolgt worden iſt, welches die Verbindlichkeiten ex statu personali, ad exhibendum, ex pollicitatione, ex pauperie, ex alienatione iudicii mutandi causa facta, ex mala fide eius, qui dolo desiit possidere, ex capite restitutionis in integrum u. d. m. [1]) zur Genüge beſtärken. Wenn alſo der Kaiſer **Juſtinian** [2]) den Lehrlingen der Jurisprudenz die Sache ſo vorträgt: Obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio — Wie mangelhaft iſt dieſe Theorie! Denn wo bleiben die Verbindlichkeiten, welche unmittelbar aus Geſetzen und aus ſolchen Handlungen entſpringen, welche zu keiner von den gedachten Claſſen gerechnet werden können? [3])

Gajus

1) Westenberg Diss. III. ſequ. de causis obligationum.

2) §. ult. I. *de obligat.*

3) Die Urſache, womit man dieſe Lücke rechtfertigen will, daß nämlich grade nur von den genannten Arten der Verbindlichkeit in den Inſtitutionen die Rede ſei, dient mehr, den Fehler zu vergrößern, als zu entſchuldigen. Wenn auch in den erſten Anfangsgründen des Civilrechts nicht alle beſondere Verbindlichkeiten ſelbſt abgehandelt werden ſollen:

Gajus verbeſſert die Sache durch den allgemeinen Zuſatz: aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris [4]), keinesweges. Seine Lehre bleibt immer noch ſchwankend und unbeſtimmt, und ſagt im Grunde wenig mehr, als: alle Verbindlichkeiten entſtehen entweder aus Verträgen oder aus Verbrechen, oder aus andern Gründen —; das letztere iſt freilich von ſolchem Umfange, und ſo unbeſtimmt, daß man bei den Worten, wie ſie da ſtehen, wenig oder gar nichts ſolides denken kann —. Aber auch gewiß nicht **Modeſtinus**, welcher die Materie zwar ſehr umſtändlich, aber eben darum noch ungleich ſchlechter als **Gajus** vorträgt. Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut peccato [5]). Denn da der Fall, wo die Verbindlichkeit ex re entſtehet [6]), einmal bei allen unerlaubten

ſollen: ſo muß doch die allgemeine Angabe von den Entſtehungsgründen der Verbindlichkeit nicht mangelhaft, folglich ganz unrichtig ſein.

4) L. 1. D. *de oblig. et act.*

5) L. 52. D. eod. Bei der Vergleichung, welche Donell *Comment. iur. ciu. XII.* 5. zwiſchen beiden Rechtsgelehrten anſtellt, mußte **Modeſtin** natürlich ſehr verlieren.

6) Der Ausdruck: re contrahitur obligatio, bezeichnet in der Sprache des Römiſchen Geſetzbuchs, wie die in den folgenden Noten angeführten Stellen deutlich erweiſen, überhaupt die Fälle, wo das Daſein, und die völlige Wirkſamkeit einer Obligation ſchlechterdings körperliche Handlung

ten Handlungen [7]) — zweitens bei gewiſſen Arten der Verträge [8]) — drittens bei den Verbindlichkeiten quasi ex contractu [9]) — eintritt: ſo würde der gute **Modeſtinus** die Sache weit ſchicklicher behandelt haben, wenn er die eigentlichen Quellen der Verbindlichkeit — Geſetze — Verträge — und einſeitige Handlungen ſelbſt angegeben, und ſolche danächſt nach ihren Unterarten weiter beſtimmt hätte. Wiederum iſt die Diſtinction: aut verbis obligamur, aut consensu, da, wo von der Verbindlichkeit überhaupt gehandelt wird, nicht am rechten Orte, weil ſie nur eine beſondere Gattung, den Contract nämlich, weiter determiniret. Aus eben dem Grunde genügt es auch, bei den unmittelbaren Verbindlichkeiten das Geſetz überhaupt als die Quelle anzugeben, in der Folge aber die verſchiedenen Theile des Rechts, ius scriptum et non scriptum, ius ciuile stricte sic

dictum

Handlung vorausſetzet, wo ein Verſprechen, etwas thun zu wollen, entweder gar nicht erfordert wird, oder allein nicht hinreicht, ſondern ein factum, eine Leiſtung oder Empfang, vorauf gehen muß.

7) Pr. I. de obl. quae ex del nasc.: obligationes ex maleficio omnes unius generis sunt; *nam omnes ex re nascuntur.*

8) L. 1. §. 1. 2. D. de Oblig. et act.: obligationes ex contractu *aut re* contrahuntur, aut verbis, aut consensu. *Re* contrahitur obligatio mutui *datione.*

9) §. 1. I. *Quibus modis re contr. obl.:* Is quoque qui non debitum *accepit* bona fide ab eo, qui per errorem soluit, *re obligatur.*

dictum et honorarium, in Betrachtung zu ziehen —. Die necessitas, welche Modeſtinus als eine eigene Quelle der Verbindlichkeit angiebt, iſt im Grunde allen Obligationen gemein, und ſcheint nur darum angehängt zu ſein, um, was ſich auf die übrigen Entſtehungsgründe nicht immer reduciren läßt, unter dieſer allgemeinen Rubrik zuſammen zu faſſen. Er ſelbſt erklärt ſich wenigſtens dahin: Necessitate obligantur, quibus non licet, aliud facere, quam quod praeceptum est. Das, denke ich, iſt der Fall bei allen und jeden vollkommenen Verbindlichkeiten.

§. 29.

Es iſt bereits oben angemerkt worden, daß die Römiſchen Juriſten, wenn ſie von Entſtehung der Verbindlichkeiten handeln, ſich lediglich darauf einſchränken, die Quelle ſolcher Rechte und Verbindlichkeiten anzugeben, welche in bürgerlichen Gerichten klagbar ſind, welches aber bei näherer Prüfung ſchwerlich zu billigen ſein dürfte, weil ſelbſt das Juſtinianiſche Geſetzbuch eine Menge Rechte und Verbindlichkeiten aufzählet, die zwar keine Klage hervorbringen, jedoch die übrigen Wirkungen, z. B. Exception und Compenſation, allerdings behaupten, folglich ſogar in foro gleichfalls geltend werden können. Ergiebt ſich nun hieraus, ſchon in Beziehung auf das Römiſche Recht ſelbſt, und deſſen Vorſchriften, gewiſſer Maßen eine Unvollſtändigkeit: ſo fällt es noch

mehr

mehr in die Augen, daß die Theorie der Alten heutiges Tages gar nicht mehr anwendlich ſei, indem bei uns die gerichtliche Wirkung der Verbindlichkeiten auf ganz andern Grundſätzen beruhet. Es iſt hundert und mehrmalen geſagt worden, daß die Feierlichkeit bloßer Worte und Formeln in Deutſchland nie ein weſentliches Requiſit der Rechtsgeſchäfte geworden iſt, — daß bei uns die Verträge, ſo wie ſie ein natürlich vollkommenes Recht bewirken, eben ſo auch in bürgerlichen Gerichten eine Klage hervorbringen, — daß die ganze Veranlaſſung, wodurch der Römiſche Juriſt bewogen ward, alle Rechte und Verbindlichkeiten, ſo viel möglich, auf Contracte und Verbrechen zu reduciren, bei uns hinwegfällt. — Was kann uns alſo bewegen, deſſen ungeachtet noch die ſogenannten Quaſicontracte ꝛc. beizubehalten, da doch die Beſchaffenheit unſerer Rechtsgeſchäfte zu ſehr auf einen andern Fuß geſtellet iſt, als daß nicht die Anlage unſers Rechtsſyſtems durchaus fehlerhaft ſein müßte, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten auf Verbrechen und Contracte, welche letzteren wir ohnehin im eigentlich Römiſchen Verſtande gar nicht mehr haben, zurückleiten wollten. Den Römiſchen Juriſten iſt es nach dem Zeitalter, worin ſie lebten, nach der ganzen übrigen Einrichtung ihrer Rechtswiſſenſchaft, und der Philoſophie, deren jedesmalige Cultur allen Wiſſenſchaftlichen Werken in

allen Fächern gleichſam den Ton giebt, zu verzeihen, daß die Lehre de causis obligationum von ihnen grade die Einkleidung erhielte, welche wir in ihren Fragmenten vorfinden, und welche dem Juſtinianiſchen Rechte zur Grundlage dient. Wir nehmen aber das Fundament, worauf ihr Lehrgebäude ſich ſtützet, nicht mehr an; und bedürfen mithin aller nach und nach daraus entſtandenen Subtilitäten gar nicht. Nichts kann und darf uns daher abhalten, die Entſtehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Verbrechen ſind, geradezu auf unmittelbare geſetzliche Vorſchrift, oder auf einſeitige Handlungen zurück zu führen, ohne zu irgend einer ſubtilen Wendung, noch weniger zu den leidigen Quaſicontracten ꝛc. ꝛc. unſere Zuflucht nehmen zu dürfen. Man ſollte alſo den angehenden Rechtsbefliſſenen zwar die ächte Theorie des Römiſchen Rechts in dieſer Hinſicht, unter gehöriger Rüge der irrigen Zuſätze, wodurch die Ausleger die Sache noch mehr verunſtaltet haben, bekannt machen, hiernächſt aber die innern Fehler, und das Unanwendliche derſelben zu unſern Zeiten nicht unbemerkt laſſen, und vorzüglich in den Lehrbüchern der ſogenannten Iurisprudentiae forensis die wahre Beſchaffenheit der Sache genau entwickeln. Hier ſind die erſten Grundzüge eines Plans [1]), wonach,

1) Ich bin ſeſſ ſchuldig, vor allen Dingen den berühmten Gelehrten

wonach, wie ich glaube, die Materie am ſchicklich-ſten abzuhandeln wäre.

§. 30.

Nach dem Begriffe, welchen wir oben zum Grunde gelegt haben, iſt es ausgemacht, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten zuletzt aus Geſetzen herrühren. Ver-ſteht es ſich auf der einen Seite von ſelbſt, daß der Ausdruck: Geſetz, hier nicht zu eingeſchränkt genom-men werden müſſe, ſo iſt es auch auf der andern Seite nicht nothwendig, ihn zu ſehr auszudehnen, um die Richtigkeit unſers Satzes zu retten. Die poſitiven Geſetze, welche da nur anfangen, wo das Naturrecht aufhört, ſchweigen bei unzähligen Vorfällen des bür-gerlichen Lebens, und ſind alſo nicht allein die Quelle vollkommener Rechte und Verbindlichkeiten. Neh-men wir aber das Geſetz in dem Verſtande, daß es ſowohl das natürliche, als das bürgerliche Recht in ſich begreift: ſo iſt unſere obige Behauptung nicht al-lein der Wahrheit gemäß, ſondern ich halte es auch nothwendig, in Entwickelung der ganzen Sache von dieſem Standorte auszugehen. Der angeführte

Gelehrten zu nennen, deſſen Anleitung ich mir dabei im Ganzen habe zur Richtſchnur dienen laſſen. Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit. Magdeb. 1777. Ob ich in verſchiedenen Puncten mit Recht von ihm ab-gegangen bin, manche Verbindlichkeit richtiger claſſificiret, manchen Begriffen mehrere Deutlichkeit verſchafft habe, will ich gern dem geneigten Leſer zur fernern Prüfung an-heim geben.

Rechtsgelehrte findet es aber ſchicklicher, die Regel, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten aus Geſetzen entſpringen, gänzlich aus unſerer Wiſſenſchaft zu vertilgen, und an deren Stelle folgende Urſachen anzugeben. Wir erlangen Rechte, und machen uns verbindlich, entweder durch unſere Handlungen ſelbſt — und zwar bald durch einſeitige — erlaubte, oder unerlaubte Handlungen — bald durch Verträge — —; oder durch Geſetze, welche uns unmittelbar ein Recht geben, oder Verbindlichkeiten auflegen. „Wenn man „aber," fügt er hinzu, „das Geſetz in einem weitläuf„tigen Verſtande nimmt, und darunter eine jede Re„gel verſteht, der nachgelebt werden muß; mithin „einſeitige Handlungen und Verträge auch als Ge„ſetze angeſehen werden: ſo iſt gegen den Satz, daß „alle Rechte und Verbindlichkeiten aus Geſetzen ent„ſpringen, nichts einzuwenden." [1]) — Ich glaube nicht, daß es einer Ausdehnung in dieſem Grade bedürfe, um den Satz gegen alle Einwendung zu ſichern; ich halte vielmehr dafür, daß die Lehre, welche Geſetze und Handlungen gleichſam als verſchiedene Quellen der Verbindlichkeit einander entgegen ſetzet, viel Unbequemes mit ſich führe. Denn ſo viel iſt gewiß, daß keine Handlung an ſich und allein betrachtet, Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, wofern wir uns nicht eine Vorſchrift und Regel gedenken, wo-

nach

1) Verſuch über die Rechtsgelahrtheit pag. 17.

nach die Handlung einen ſolchen Erfolg hat. Dieſe Vorſchrift mag nun vom bürgerlichen Geſetzgeber herrühren, oder dem Naturrechte [2]) angehören: ſo iſt und bleibt ſie doch immer ein Geſetz, und dieß nur iſt die wahre Quelle der Verbindlichkeit, weil es die Handlung zu ſolcher Wirkung ſtempelt. Das Factum hingegen iſt das **Mittelbare**, woraus nach Vorſchrift der Geſetze, Rechte und Verbindlichkeiten entſpringen. Ohne Geſetz iſt kein verbindliches Factum denkbar; und da mithin alle Verbindlichkeiten, welche von **Tevenar** lediglich aus Handlungen ableitet, im Grunde doch ebenfalls auf Geſetzen beruhen: ſo iſt ſeine Lehre in dieſem Punct nicht füglich anzunehmen.

§. 31.

Bei dem allen leitet uns ſchon die Natur der Sache auf die Eintheilung der Verbindlichkeiten in **unmittelbare** und **mittelbare**, welche letztere wir nach Verſchiedenheit der Handlung, die den nächſten Grund davon ausmacht, folgender Maßen näher beſtimmen. Das Factum iſt entweder

2) Sobald Menſchen über ihre Handlungen nachzudenken anfangen, und ſich ihres Willens bewußt werden, nehmen ſie auch zugleich wahr, daß ihnen in Anſehung ihrer Handlungen, unverbrüchliche Geſetze obliegen. Der Inbegriff dieſer, der geſunden Vernunft allein ſchon erkennbaren Geſetze, inſofern ſie die äußern Zwangsrechte und Pflichten der Menſchen beſtimmen, iſt, was wir eigentlich Naturrecht nennen. **Hufeland** Lehrſätze des Naturrechts §. 60. **Heydenreich** Syſtem des Naturrechts p. I.

A) ein **Vertrag** — ein Verſprechen, das wir Andern gethan, und dieſe angenommen haben, oder nicht, ſondern

B) eine **einſeitige Handlung**, welche nicht in einem acceptirten Verſprechen beſtehet, und zwar entweder

a) eine **erlaubte einſeitige Handlung**, wodurch kein verbiethendes Geſetz übertreten, keine unſerer Pflichten verletzet wird, oder

b) eine **unerlaubte einſeitige Handlung**, wodurch verbiethenden Geſetzen, den Pflichten gegen Andere, entgegen gehandelt wird. Dieſe theilt man ferner ein in

α) **ſtrafbare** einſeitige Handlungen, **Verbrechen** im eigentlichen Verſtande; wenn die Geſetze dem Urheber der Handlung außer der Schadenserſetzung noch beſondere Uebel wegen Uebertretung ſeiner Pflichten zuerkennen;

β) **nicht ſtrafbare, widerrechtliche einſeitige Handlungen**, facta illicita in specie, wenn die daher entſpringende Verbindlichkeit bloß auf Erſtattung des Schadens, welcher andern dadurch zugefügt worden, eingeſchränkt iſt, außerdem aber keine Strafe Statt findet.

So

So weit im Ganzen. Es wird aber nicht undienlich ſein, jede einzelne Gattung noch etwas näher zu erläutern; alſo zuerſt von der unmittelbaren Verbindlichkeit.

§. 32.

Dieſe iſt nach der ſchon vorläufig davon gegebenen Erklärung ſodann vorhanden, wenn ſelbſt die Vorſchrift des Geſetzes, nicht aber ein beſonderes factum obligatorium des Verpflichteten, den nächſten Entſtehungsgrund der Verbindlichkeit ausmacht. Sie ſchließt daher nicht alles Factum gänzlich aus; und ich halte einen andern Begriff [1]), welchen viele Gelehrte angenommen haben, ſelbſt nicht richtig, wenigſtens nicht deutlich und genau genug ausgedruckt; weil es nach demſelben eigentlich gar keine unmittelbare Verbindlichkeit geben, folglich die ganze Eintheilung als unrichtig wegfallen würde. Es fehlt auch wirklich nicht an Gelehrten, welche eben aus dieſem Grunde jene Diſtinction überhaupt verwerfen. Denn, ſagen ſie, ohne alles Factum iſt gar keine Verbindlichkeit denkbar [2]). Man ſetze aber nur den unterſcheidenden Character der unmittelbaren Verbindlichkeit darin, daß ſie ihren **nächſten Grund** ſelbſt aus geſetzlicher Vorſchrift, und nicht aus einer

1) Obligatio immediata eſt, quae nullo interueniente facto ex lege naſcitur —.

2) Meurers Juriſtiſche Abhandlungen und Beobachtungen; erſte Samml. erſter Aufſatz.

moraliſchen Handlung desjenigen, dem ſie obliegt, ableite [3]): ſo iſt die Eintheilung vollkommen gerechtfertigt. Es wird aber nicht undienlich ſein, einige einzelne Fälle zur nähern Erläuterung anzuführen.

§. 33.

Daß 1) alle Rechte und Verbindlichkeiten, welche Jemandem, wegen ſeines perſönlichen Zuſtandes gebühren und obliegen, zu den unmittelbaren gehören, mithin auch des Vaters Schuldigkeit, ſeine Kinder zu ernähren, dahin gezählt werden müſſe, wird einſtimmig, und zwar mit Recht behauptet. Gleichwol müſſen durchaus facta, ſelbſt desjenigen, dem die Verbindlicheit obliegt, voraufgehen, ohne welche die leztere ſich gar nicht denken läßt. Allein das kann uns nicht weiter irren. Man unterſuche nur die nächſte Urſache der Verbindlichkeit. Sicher ſind das jene facta nicht, welche höchſtens nur den nächſten Grund des Zuſtandes, folglich zwar ein entferntes Fundament der Verbindlichkeit, keinesweges aber cauſam proximam davon enthalten. Die leztere, worauf hier alles ankommt, iſt kein Factum, ſondern geſezliche Vorſchrift, welche den Vater, als Vater unmittelbar verbindet. Factum, ſchreibt Schmidt am

3) *J. H.* Boehmer doctr. de actionib. Sect. 2. cap. 5. §. 4. *Dan.* Nettelbladt Syſtem. elem. uniuers. iurisprud. poſit. Tom. 2. §. 224. imgleichen in Syſtem. iurisprud. german. commun. gener. Hal. 1781. §. 295. 96. *J. L.* Schmidt inſtit. iur. ciuil. §. 1221. n. 1. 2.

em angeführten Orte, hic est cauſa remota, seu conditio, sine qua non, lex vero est cauſa efficiens proxima huius obligationis.

§. 34.

2) Die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier angerichtet hat, oder, mit den Geſetzen ſelbſt zu reden: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, verdient gleichfalls noch einige Betrachtung. Um die Meinung derer, welche ein ſogenanntes Quasidelictum daran zu haben glauben, wollen wir uns jetzt nicht weiter bekümmern. **Tevenar** leitet dieſe Obligation aus einer widerrechtlichen einſeitigen Handlung her [1]; wenige Juriſten halten ſie für unmittelbar; obgleich dieß unſtreitig das richtigſte iſt; indem hier a) gar kein factum hominis, geſchweige denn b) eine Handlung deſſen, dem die Verbindlichkeit auferlegt worden, den nächſten Entſtehungsgrund abgiebt. Und verſteht es ſich von ſelbſt, daß nur freie Handlungen, oder, die ſich auf Freiheit beziehen, als facta obligatoria angeſehen werden können: ſo kann c) die Handlung eines unvernünftigen Thieres unmöglich dahin gerechnet werden; mithin qualificirt ſich die Verbindlichkeit keinesweges zu den mittelbaren aus einſeitigen Handlungen, welche **Tevenar** ſelbſt dahin beſchreibt, daß ſie allemal von dem freien Willen des

1) Verſuch über die Rechtsgelahrtheit pag. 312.

Handelnden abhangen [2]), ſondern ſie muß durchaus als eine unmittelbare angeſehen werden.

§. 35.

3) Daß derjenige, welcher die Zahlung einer Nichtſchuld bona fide angenommen hat, ebenfalls eine unmittelbare Verbindlichkeit anerkennen muß, um das Empfangene, ſo weit er dadurch reicher geworden, zu vergüten, iſt aus hinreichenden Gründen erweißlich, auch von verſchiedenen Juriſten bereits angemerkt worden [1]); obgleich die Anzahl derer, welche bald dieſe bald jene andere Quelle angeben, immer noch die größere ſeyn mag. Vielleicht hat man ſich noch nicht die Mühe genommen, den Gegenſtand von der rechten Seite genau zu prüfen. Es dürfte das Anſehen gewinnen, daß die erwähnte Verbindlichkeit um ſo mehr zu den mittelbaren gerechnet werden müßte, als die Annahme des indebiti, mithin die eigene Handlung des Verpflichteten das nächſte Fundament derſelben zu ſein ſcheint. Selbſt bei den Rechtsgelehrten, welche in der Hauptſache mit mir einig ſind, habe ich kaum eine Erwähnung, geſchweige denn eine Auflöſung dieſer Schwierigkeit angetroffen. Laßt uns alſo der Sache etwas näher nachforſchen. — Als bekannt und ausgemacht darf ich hier annehmen, daß die condictio indebiti eigentlich einen Be-

2) Ebendaſ. pag. 137.

1) BOEHMER de actionib. Sect. 2. cap. 5. §. 26.

Beklagten vorausſetzt, welcher die Zahlung einer Nichtſchuld bona fide angenommen hat [2]), und daß wider ihn die Klage nur in ſo fern zulåſſig iſt, als er durch das erhaltene indebitum ſich reicher befindet. Das letztere iſt nicht immer der Fall; und wenn daher der Beklagte das Gegentheil behaupten kann: ſo richtet man mit der bloßen Annahme des indebiti nichts wider ihn aus. Hieraus folgt zweierlei: 1) daß der alleinige Empfang einer Nichtſchuld keinesweges der nåchſte Grund der Verbindlichkeit zur Wiedererſtattung, ſondern dieſer lediglich in der geſetzlichen Vorſchrift, daß ſich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern dürfe, zu ſetzen iſt. — 2) Daß der Handlung deſſen, dem die Geſetze hier eine Verbindlichkeit auflegen, unter den vorausgeſetzten Umſtånden, die Eigenſchaften einer **verbindlichen** Handlung, welche ohne Moralitåt ſich nicht denken låßt, gar nicht einmal zukommen. Ich bin der Meinung, daß **Sempronius** meinem Erblaſſer 100 Thaler ſchuldig geworden ſei. Er ſelbſt hålt es auch dafür; im Grunde iſt ers aber nicht. Er bezahlt aus Irrthum dieſe Summe, und ich nehme ſie bona fide an. In wie fern habe ich frei gehandelt? Die Annahme des Geldes an ſich iſt freilich mit Freiheit und Ueberlegung geſchehen.

2) Boehmer l. c. §. 28. Hommel Rhaps. quaest. obseru. 28.

hen. — Aber die Annahme einer **Nichtſchuld?** — Was dieſen Punkt anbetrifft, ſo befand ich mich ja in einem gerechten Irrthume; und folglich handelte ich darin, daß ich meinem Vermögen einen **ungebührlichen** Zuwachs verſchaffte, gar nicht frei. — Ich bin daher nicht ſowol aus meiner moraliſchen Handlung, als vielmehr unmittelbar aus geſetzlicher Vorſchrift zur Wiedererſtattung gehalten. Ganz anders verhält ſich freilich die Sache, wenn Jemand wiſſentlich eine Nichtſchuld entgegen nimmt. Von dieſem iſt hier die Rede nicht; indem die Geſetze gegen ihn auch bekanntlich eine andere Klage beſtimmt haben, wobei es nach der Natur ſeiner unerlaubten Handlung nicht darauf ankommt, ob er dadurch reicher geworden ſei oder nicht?

§. 36.

Nach Anleitung der bisher entwickelten Grundſätze wird man ſehr leicht die übrigen einzelnen Fälle der unmittelbaren Verbindlichkeit nachtragen, und ihnen in einer allgemeinen Claſſification den rechten Platz anweiſen können, deſſen ſie in den Syſtemen und Lehrbüchern nur zu oft verfehlen.

§. 37.

Bei der mittelbaren Verbindlichkeit wird allemal eine moraliſche Handlung deſſen, dem ſie obliegen ſoll, als causa proxima vorausgeſetzt. Dieſe Handlung beſteht, wie oben bereits erinnert worden iſt,

aus

aus zwei großen Zweigen, aus Verträgen — und einſeitigen Handlungen —. Was die erſtern anbetrifft, ſo finde ich, da dieſe Materie in den Lehrbüchern des natürlichen und bürgerlichen Rechts zur Genüge bearbeitet worden iſt, zur Zeit darüber noch etwas zu erinnern unnöthig, wol aber verdient die Lehre von den einſeitigen Handlungen noch eine genauere Berichtigung.

§. 38.

Wenn das Factum, welches die Verbindlichkeit zur **mittelbaren** macht, nicht in einem Vertrag zwiſchen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beſtehet, oder noch beſtimmter: So oft auf die Frage: Woher bin ich dieß oder jenes zu leiſten ſchuldig? die nächſte Urſache zwar wol aus meiner Handlung, aber nicht daraus hergenommen werden kann, weil ich **dieſe Leiſtung** in einem Vertrage dem andern verſprochen habe, ſo oft gehört das Factum zu den einſeitigen Handlungen. Daher ſelbſt die Schlieſſung eines Vertrags dahin zu rechnen iſt, wenn nicht ſowol von den Rechten und Verbindlichkeiten der Contrahenten unter ſich, als vielmehr von dem Intereſſe eines Dritten, gegen einen oder beide Paciſcenten die Rede iſt — wenn die Frage entſteht: ob es erlaubt, oder nicht erlaubt war, dergleichen Verträge einzugehen, — wenn das Recht, welches Jemandem daraus zuwächſt, ſich nicht in einem, von ihm

accep-

acceptirten Verſprechen gründet. Verbindliche einſeitige Handlungen ſind es, wodurch wir Geſchäfte eines Andern beſorgen, und uns ihm verantwortlich machen, oder gar ſeinen Zwangsrechten durch ungebührliche Verletzung zu nahe treten, oder womit ſonſt beſondere Geſetze die Folge einer Verbindlichkeit verknüpft haben. Sie ſind daher theils **erlaubt**, z. B. die Antretung einer Erbſchaft, die negotiorum geſtio, das votum und pollicitatio etc. theils **unerlaubt**, und zwar entweder **ſtrafbare**, wohin alle Verbrechen im eigentlichen Verſtande, die delicta publica und priuata, gehören; oder nur **widerrechtliche**, nicht ſtrafbare Handlungen, deren wir eine Menge in unſern Rechtsbüchern aufgezeichnet finden, und welche ſämmtlich darin übereinkommen, daß Jemand mit Vorſatz oder Fahrläſſigkeit wider die Geſetze und ſeine Pflichten etwas unternommen, oder unterlaſſen hat; weshalb er jedoch nur zum Erſatz des Schadens, den er durch ſein Unternehmen angerichtet hat; zur Herſtellung der dem Beleidigten entzogenen Sache, oder ad id, quod intereſt, übrigens aber zu keiner Strafe gehalten iſt. Z. B. Wenn einer wiſſentlich das Gut eines Fremden zu beſitzen aufhört, aus Argliſt Jemanden zur Eingehung eines Contracts mit ſich oder Andern zur Entſagung einer Erbſchaft, oder ſonſt verleitet, einen unrechtmäßigen Arreſt auf fremde Güter bewirket, u.

d. m.

d. m. Manche hieher gehörigen Handlungen verdienten in der That die ſchärfſte Ahndung, anſtatt, daß der Geſetzgeber ſie ungeſtraft hingehen läßt. Z. B. Das ungerechte Leugnen vor Gericht, welches, wenige Fälle ausgenommen, keine Strafe nach ſich ziehet; ſo auch das muthwillige Proceſſiren überhaupt, wovon die Proceßordnungen und Stadtrechte bisweilen einen beſondern Titel mit der Ueberſchrift: Strafe dererjenigen, welche muthwillig klagen, enthalten, allein die vermeinte Strafe bloß bei der Verurtheilung zum Erſatz der Koſten bewenden laſſen, welches doch im Grunde nur Entſchädigung des Gegentheils iſt, mithin den Nahmen einer Strafe gar nicht verdient —. Mehrere einzelne Fälle der Verbindlichkeiten aus einſeitigen Handlungen anzuführen, finde ich nach dem Endzweck dieſer Schrift nicht nöthig; ſo viel aber glaube ich vorgetragen zu haben, daß man nunmehr leicht im Stande ſein wird, das Beſondere zu ergänzen, und überhaupt den Mängeln, welche bei dieſer Materie in den Lehrbüchern des Natur- und bürgerlichen Rechts obwalten, gänzlich abzuhelfen.

§. 39.

Noch iſt nach Anleitung der (§. 3.) bemerkten Fragen IV) eine wichtige Eintheilung der Verbindlichkeiten in **vollkommene** oder **Zwangspflichten** — und **unvollkommene**, **Liebes**, oder

Gewiſſens-

Gewiſſenspflichten übrig, in wiefern nämlich der Verpflichtete durch äuſſere Zwangsmittel zu gewiſſen Leiſtungen genöthigt werden **darf**, oder nicht. Die Diſtinction an ſich iſt von jeher in den Schriften der Weltweiſen und Rechtsgelehrten gebräuchlich geweſen [1]); ſie war auch den Jüdiſchen Lehrern nicht verborgen [2]); in den Werken der Römiſchen Philoſophen und Juriſten treffen wir mehr als eine Spur davon an [3]). Allein über den Grund oder Ungrund dieſer Eintheilung iſt in der Folge ein anhaltender Streit erwachſen, an welchem unſere beßten Köpfe Theil genommen haben. Die vorzüglichſten Schriftſteller ſind in der Note [4]) angeführt; ihre

1) **Hoepfner** in dem Programm: warum ſind die Menſchenpflichten entweder vollkommene oder unvollkommene? Gießen 1779., welches der berühmte Verfaſſer in der Folge mit einer andern Abhandlung, worin den Einwürfen gegen dieſe Eintheilung geantwortet wird, ſeinem Natur- und Völkerrechte zum Anhange gemacht hat.

2) Hochstetter colleg. Puſendorf. p. 319.

3) **Cicero** unterſcheidet officia *iustitiae*, und *liberalitatis*, Lib. 1. de off. c. 7. 14. **Marcianus** L. 2. D. de inoff. testam. diſtinguirt eben ſo: *Recte quidem* fecit testamentum, qui liberos praeteriit, vel exheredauit, sed non *ex officio pietatis*. So auch **Paullus** L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor. imgleichen **Ulpian** L. 25. §. 11. D. de hered. petit. u. a. m. Coccell Diss. prooem. ad Grot. X. p. 204.

4) Der Unterſchied zwiſchen vollkommenen und unvollkommenen Pflichten wird verworfen von *Christ.* Thomasius

ihre Argumente ſelbſt aber zu wiederholen, würde zu umſtändlich, auch, da es bereits von andern geſchehen iſt, gar unnützlich ſein. Nur einige Anmerkungen über den Gegenſtand im Ganzen, ſcheinen mir nicht überflüſſig.

§. 40.

Was oft bei gelehrten Controverſen der Fall iſt, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Streitpunkt möglichſt zu berichtigen ſucht, dürfte auch hier wol eintreten. Daß es überhaupt Pflichten giebt,

G die

sius fundam. iur. naturae et gent. Lib. I. cap. 5. §. 23. 24. *de* Felice Leçons de droit de la nature. T. 1. L. 4. imgleichen in dem Commentar über des Burlamaqui Natur- und Völkerrecht, oder wie der Titel ſelbſt lautet: Principes du droit de la nature et des gens par I. I. Burlamaqui avec la suite du droit de la nature augmenté par Mr. de Felice T. 3. p. 105. folg. Joh. Melch. Beſeke Entwurf eines Lehrbuchs der natürlichen Pflichten. Mietau 1776. Man ſehe auch Reinhards philoſophiſchen Verſuch zur Aufklärung des Unterſchieds zwiſchen vollkommenen und unvollkommenen, innerlichen und äuſſerlichen Rechten und Pflichten; in der Samml. Juriſtiſcher Auſſ. Th. 2. N. 5. Außer dieſen aber wird ſie von den mehrſten Lehrern des natürlichen und bürgerlichen Rechts vertheidigt, beſonders aber von Höpfner mit gründlicher Einſicht in die Natur der Sache, wider die Einwürfe der Gegner in Schutz genommen. Noch ſind hierüber nachzuleſen: Schmalz reines Naturrecht p. 9. u. 25. Schaumann wiſſenſchaftliches Naturrecht §. 128. Klein Schreiben an Garve über die Zwangs- und Gewiſſenspflichten. Berlin 1789. Reinhold Briefe über die Kantiſche Philoſophie, II. 91. u. 142.

die keinen äußern Zwang zulaſſen, und ſolche, deren Erfüllung allerdings erzwungen werden **darf**, wird Niemand leugnen, folglich iſt die Diſtinction an ſich gegründet, und logiſch richtig; oder man müßte ſich den Gedanken erlauben, daß alle Pflichten durchaus erzwingbar, oder alle ohne Unterſchied nicht erzwingbar wären, welches beides gleich wunderlich ſein würde. Nur muß man einestheils Zwang und Zwangsmittel hier nicht anders deuten, als es der rechtliche Sinn mit ſich bringt [1]); und anderntheils die Zuläſſigkeit oder

1) Dieß iſt gegen **Schmalz** reines Naturr. p. 9. zu bemerken. Er tadelt es, daß man vollkommene Rechte und Pflichten diejenigen nennet, welche mit dem Rechte des Zwanges verknüpft ſind. „Jede Nöthigung des „Willens von außen her, ſagt er, iſt Zwang. So zwinge „ich den Trägen, der nicht arbeiten will, und ſich auf „meine Unterſtützung verläßt, dadurch zur Arbeitſamkeit, „wenn ich ihm jene entziehe — Zwinge ich ihn nicht mit „Recht zu einer unvollkommenen Pflicht? Zwinge ich „den, der mir eine Gefälligkeit abſchlägt, durch gegen„ſeitige Verſagung der meinigen mit Unrecht, ſie mir zu „erzeigen? Es iſt alſo nicht Zwang überhaupt, den man „hier verſtand, ſondern hätte man den Begriff aufgelöſet: „ſo hätte man auch entdeckt, daß man bloß den Zwang „hier meine, welcher durch Verletzung äußerer vollkommener Pflichten ausgeübt wird, und der Circul in der „Erklärung wäre entdeckt geweſen.“ — Allein nicht jede Nöthigung des Willens von außenher iſt es, was der Redegebrauch im eigentlichen, zumal Rechtlichen Verſtande durch Zwingen oder Zwangsmittel andeutet. Zwingen heißt vielmehr ſich einer gewaltſamen Einſchränkung der Phyſiſchen Freiheit des Andern als Mittels bedienen, ihn

oder moraliſche Möglichkeit des Zwanges, nicht mit dem vermiſchen, was etwa nach den Regeln der Klugheit rathſam, oder nach gegenſeitigen Verhältniſſen des Berechtigten und des Verpflichteten phyſiſch möglich iſt [2]). Eher glaube ich, daß gegen die Eintheilung des Rechts in ius perfectum et imperfectum eine Erinnerung Statt finde, worauf uns

 ſchon

ihn auch wider ſeine Neigung zu einem Entſchluſſe zu beſtimmen. Heydenreich Syſtem des Naturrechts I. 5. Da wo uns die Vernunft zu dieſem Zwange berechtigt, kann er unmöglich in einer Verletzung äußerer vollkommener Pflichten beſtehen.

2) Dieß hat Garve in der Abhandlung über die Verbindung der Moral mit der Politik p. 9. nicht beſtimmt genug unterſchieden. „Nur in der bürgerlichen Vereinigung, wo die ganze Macht des Staats auf Seiten deſſen, der Unrecht leidet, und gegen den iſt, der Unrecht thut, kann es, ſeiner Meinung nach, einen wahren Sinn haben, wenn man ſagt, daß der Gläubiger das Recht habe, ſeinen Schuldner zu zwingen. Aber außer der bürgerlichen Vereinigung, im Naturſtande, und ſo auch unter unabhängigen Staaten iſt die höhere Gewalt nicht immer auf der Seite des Beleidigten. Eine Gewalt, wobei man ſich einer gleichen, vielleicht noch ſtärkern Gewalt ausſetzt, kann nicht Zwang genannt werden. —“ Freilich folgt daraus, daß ich das Recht zu zwingen habe, noch nicht, daß mir der Zwang gelingen werde. Allein die Frage iſt immer nur dieſe: giebt es von Natur einen Unterſchied zwiſchen Pflichten, deren Erfüllung von der andern Seite erzwungen werden darf, und ſolchen, deren Erzwingung unerlaubt iſt? Und warum ſollte dieſe Frage, welche das Recht betrifft, nicht auch außer der bürgerlichen Vereinigung Statt finden? Man ſehe dagegen Klein Sendſchreiben an Garve ꝛc. p. 21.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

ſchon der Sprachgebrauch führt, den man in den mehr-ſten Fällen in Rückſicht auf das, was in ihm allgemein geltend iſt, nicht mit Unrecht unter die Ausſprüche des geſunden Menſchenverſtandes zu zählen hat. Dieſer Sprachgebrauch kennt kein Recht, wobei aller Zwang von Seiten des Berechtigten unrechtmäſſig wäre. Verbindlichkeiten und Pflichten der Dankbarkeit, der Menſchenliebe ꝛc. ſind freilich dem Redegebrauch gemäß, aber nicht ſo das Recht des Wolthäters auf Erkenntlichkeit und Vergeltung der Wolthaten, das Recht eines Dürftigen gegen Wolhabende ꝛc. **Grotius** bediente ſich hier des Ausdrucks: habitudo. Man ſagt: er verdient es, nicht aber: er hat ein Recht es zu verlangen. Wird nun gefragt: Woher kommt es, daß bei einigen Pflichten äußerer Zwang Statt findet, bei andern aber nicht? ſo iſt wol die natürlichſte Antwort dieſe: weil nicht alle, ſondern nur einige Pflichten ſich auf Rechte eines Andern beziehen; und die weitere Unterſuchung betrifft alſo eigentlich die Frage: Was kann ein Menſch mit Recht von dem andern fordern? Iſt dieß gehörig beſtimmt: ſo folgt von ſelbſt, daß Pflichten, welche damit nicht in Verbindung ſtehen, keine Zwangspflichten ſein können. Dieß vorausgeſetzt, wird das Reſultat der Unterſuchung mit dem übereinkommen, was **Hoepfner** bereits über die Sache angemerkt

hat

hat ³). Man hat ferner gefragt, und darüber geſtritten, welche von beiden Arten der Verbindlichkeit mehr

 ver-

3) Die Gedanken dieſes verdienſtvollen Gelehrten concentriren ſich in drei Grundſätzen, „1) Andern nichts zu „entziehen von den Vollkommenheiten, die ſie wirklich „beſitzen, iſt Zwangspflicht. 2) Liebespflicht iſts, die „Summe der Vollkommenheiten bei meinem Mitmenſchen „zu vermehren. 3) Auch Unvollkommenheiten abzuwenden, die ihm eine dritte fremde Urſache drohet, iſt nur „Liebespflicht. Und warum das alles? weil Menſch „und Menſch gleich ſind; weil du mir thun darfſt, was „ich dir thue; gegen mich unterlaſſen kannſt, was ich „gegen dich unterlaſſe; nicht mehr, nicht weniger. Will „ich dem Mitmenſchen ſeine Vollkommenheiten vermindern, ſo iſt er befugt, auch die Summe der meinigen „zu verringern; um mich von dem Beginnen abzuhalten. „Was heißt dieß aber anders, als mich zu **zwingen**. „Weigert ſich mein Nebenmenſch zu der Zahl meiner „Vollkommenheiten etwas hinzuzufügen, ſo bin ich höchſtens befugt, **ihm daſſelbe zu verweigern**. Aber „ihm **die ſeinigen zu rauben, zu vermindern**, habe „ich kein Recht. Alſo Zwang iſt hier unerlaubt. Stehe „ich dir nicht bei, wenn du von einer dritten Urſache, „von einem dritten Menſchen, von einem Thiere, einem „lebloſen Dinge fürchteſt unvollkommener gemacht zu werden: ſo berechtigt dich die Menſchengleichheit höchſtens „dazu, unter ähnlichen Umſtänden auch mir **dieſen** „**Beiſtand zu verſagen**. Aber befugt macht ſie dich „nicht, mir von meinen Vollkommenheiten etwas zu „entziehen.“ — So weit **Hoepfner** von den Urſachen warum einige Pflichten erzwingbar, und andere es nicht ſind.

verbindet? Sollte es nicht Fälle geben, wo die Zwangspflicht in Anſehung fremden Eigenthums von einer

ſind. **Sulzer** in ſeinen vermiſchten philoſophiſchen Schriften p. 389. ſchreibt: „Eine Pflicht die zu einem „Geſetze gemacht werden kann, iſt eine vollkommene „Pflicht; eine Pflicht, die niemals durch ein Geſetz „kann befohlen werden, eine unvollkommene“ — Ich begreife nicht, fügt Jener hinzu, wie Sulzer das ſagen konnte. „Befiehlt nicht das Geſetz der Burgundionen, „keinem Fremden, bei Strafe von drei Soliden, Obdach „und Heerd zu verſagen? Iſt nicht die Pflicht, eines „Unmündigen Vormund zu ſein, außer dem Staate „Liebespflicht; nach Römiſchen Rechten aber erzwing„bare Schuldigkeit?“ — Dieß iſt nicht zu leugnen. Vielmehr kann die Verſäumung bloßer Liebespflichten ſehr oft der Geſellſchaft eben ſo nachtheilig, als Ungerechtigkeit im eigenen Verſtande, werden, und folglich dem gemeinen Weſen nicht wenig daran gelegen ſein, daß dergleichen urſprüngliche Liebespflichten durch bürgerliche Geſetze zu erzwingbaren Verbindlichkeiten gemacht werden. Man leſe hierüber den Entwurf zu einem neuen peinlichen Geſetzbuche für die teutſche Nation; Deſſau 1782, im erſten Heft p. 8. Sollte **Sulzer** ſo unleugbaren Wahrheiten zu widerſprechen die Abſicht gehegt haben? Vielleicht dachte er ſich die Sache ſo. Der Regent kann freilich befehlen, daß man zum Beſten der Armen, oder ſonſt zu frommen Endzwecken, dieſe oder jene beſtimmte Beiſteuer leiſten ſolle. Aber die allgemeine Vorſchrift: Sich des Dürftigen anzunehmen, dem Woltháter Dankbarkeit zu beweiſen, findet nicht eben ſo Statt, als das Geſetz überhaupt verordnen kann: Niemandem das Seine zu nehmen ꝛc. ꝛc.

einer bloßen Gewiſſenspflicht überwogen wird? Geſezt ich kann einen Menſchen von der Gefahr zu ertrinken befreien, wenn ich ihm mit einem fremden Kahn zu Hülfe eile? Eben da ich im Begriff bin, dieſe Pflicht der Menſchenliebe zu erfüllen, verbiethet mir der Eigenthümer, mich ſeiner Sache zu bedienen. Welche Pflicht iſt hier ſtärker, welche von beiden hebt die andere auf? Die Terminologie: vollkommene und unvollkommene Verbindlichkeiten, konnte hier leicht einen Anlaß zur Verwirrung geben, und ein unrichtiger Begriff der Verbindlichkeit eben ſo leicht den Saz erzeugen, daß die Zwangspflicht an ſich ſchon eine größere Schuldigkeit mit ſich führe, als die Liebespflicht, weil bei jener mehrere Motiven eintreten, als bei dieſer. Freilich könnte auch wol eben daraus folgen, daß der ſtärkere Schuldner, und ſelbſt auch in der bürgerlichen Geſellſchaft derjenige, an den ſich etwa die Gerichte nicht gern wagen möchten, eben darum weniger verbunden ſei, als der ſchwächere, deſſen Kräfte ihn völlig überzeugen, daß man ihn leicht nöthigen könne, ſeinem Gläubiger gerecht zu werden. Richtiger ward wol von Andern behauptet, daß eine Verbindlichkeit bloß darum, weil ſie erzwingbar iſt, nicht auch an ſich ſchon höher, uneingeſchränkter und wichtiger zu achten ſei, als andere, bei denen kein Zwang Statt findet. Ich gebe daher auch gern zu, daß die Terminologie: vollkommene und unvollkom-

mene Verbindlichkeiten ganz unſchicklich ſei, und daß ſich gegen den getrennten Vortrag beider Arten in zwei verſchiedenen Syſtemen, der Moral und dem Naturrecht, Manches erinnern laſſe, wiewol darum doch die Eintheilung an ſich nicht als ungegründet zu verwerfen iſt. Nicht immer hat man bei dem Streit über Zwangs- und Liebespflichten dieſe ganz verſchiedenen Gegenſtände gehörig unterſchieden, und es hat daher auch nicht fehlen können, daß Wortſtreit und Mißverſtand die Sache ſchwieriger gemacht haben, als ſie wirklich iſt.

Syſte-

Syſtematiſche

Entwickelung der Lehre

von der

natürlichen Verbindlichkeit

und

deren gerichtlichen Wirkung.

Est unum ius, quo deuincta est hominum societas, et quod lex constituit una, quae lex est *recta ratio* imperandi, et prohibendi, quam qui ignorat, is est iniustus, *siue scripta sit uspiam*, *siue nusquam* —. Nec enim, si regnante Tarquinio nulla erat Romae lata lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sextus Tarquinius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, quae non tum denique incipit lex esse, *quum scripta est*, sed *quum orta est*. Orta autem est, simul cum mente diuina.

C i c e r o.

Erſter Abſchnitt.

Kurze Prüfung der gewöhnlichen Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

§. 41.

Vorläufige Bemerkungen vom Verhältniß, Gebrauch, und Anwendung des Naturrechts in bürgerlichen Gerichten überhaupt —. Gegenſtand dieſer Schrift —. Bisherige Litteratur deſſelben.

Die wenigſten Geſetzbücher, ſelbſt das Römiſche nicht ausgenommen, ſind ſo vollſtändig, daß die Gerichte immer in ihren Vorſchriften eine hinreichende Anleitung zur Rechtspflege erwarten können. Die Vorſtellung, daß die Entſcheidung der Rechtshändel, wenn nicht nach buchſtäblicher Beſtimmung, doch immer wenigſtens, nach der Analogie des poſitiven Rechts, oder auch, wie man ſich ausdruckt, ex ratione et argumento legum geſchehen müſſe, dieſe Vorſtellung muß natürlich zwei üble Folgen nach ſich ziehen, die Vernachläſſigung des Naturrechts, und manche ſeltſame Auslegung der Civilgeſetze ſelbſt, eben

weil

weil man alles aus ihnen herleiten will. Es giebt Geſetze, die keine rationes haben, aus denen alſo nichts zu argumentiren iſt; andere ſind Vernunftwidrig, und es iſt wenigſtens kein Grund vorhanden, in Fällen, die der Buchſtabe eines ſolchen Machtſpruchs nicht ergreift, auch analogiſch darnach zu verfahren, und das Unrecht ſyſtematiſch zu machen.

Es iſt wol unleugbar, daß die Gerichte überall wo poſitives Recht keine zureichende Beſtimmung an die Hand giebt, den Grundſätzen und Vorſchriften des Vernunftrechts folgen müſſen, da die Mitglieder der bürgerlichen Societät, als Menſchen unter dem Geſetze der geſunden Vernunft ſtehen, und vermöge deſſelben Rechte und Verbindlichkeiten Statt finden, deren Handhabung der Staatsbürger, eben weil er nicht ſelbſt Gewalt brauchen darf, nunmehr mit deſto größerm Rechte von der angeordneten Obrigkeit verlangt. Die tägliche Erfahrung beweiſt auch, daß in unendlich vielen Fällen die Gründe der Entſcheidung in der That nicht ſowol aus poſitiven Geſetzen, als vielmehr aus der Natur der Sache, und den allgemeinen Regeln des natürlichen Rechts hergenommen werden; obgleich manche Richter, durch jenen Irrwahn getäuſcht, ſich lieber ſelbſt das Gegentheil ſehr unrichtig einbilden, dem poſitiven Rechte zuſchreiben, was ihnen eigentlich das moraliſche Gefühl als Recht oder Unrecht angekündigt hat, und ſich lieber

allerhand

allerhand unrichtige Erklärungen der Geſetze erlauben, als das Naturrecht ausdrücklich für die Quelle ihrer Entſcheidung anerkennen wollen.

Unſere Lehrbücher und Syſteme ſind eben ſo wenig von dieſem Fehler frei. Wenn die ſtrenge demonſtrativiſche Methode für das poſitive Recht nichts taugte, und die axiomatiſche Lehrart ebenfalls manche unrichtige Vorſtellung veranlaßte, ſo werden doch immer aus der Natur der Sache abgeleitete Grundſätze, und, in Ermangelung poſitiver Vorſchriften, das angewandte Naturrecht, einen Theil des Syſtems ausmachen. Sollte ſich im Vortrage des Civilrechts nicht mit gutem Erfolg eine ähnliche Methode ausführen laſſen, wie ſie **Kleinſchrodt** für das Peinliche Recht, höchſt wahrſcheinlich zum großen Gewinn für die Wiſſenſchaft, und was noch mehr als alle Wiſſenſchaft iſt, für gemeine Wolfahrt und Sicherheit des Lebens, der Ehre und Eigenthums, angelegt hat.

Daß es im Naturrechte an ſtreitigen Sätzen nicht fehlt, iſt freilich wahr. Allein bei genauerer Erwägung der Sache wird man die Vorſchriften des natürlichen Zwangsrechts vielleicht weniger ungewiß, und ſelbſt auch weniger ſtreitig finden. Das Vernunftmäßige oder Vernunftwidrige dieſer oder jener Forderung wird dem nur einigermaßen cultivirten Menſchen, welcher über ſeine oder Anderer Handlungen nachdenkt, ſchon einleuchten; und wie jeder vernünftige,

tige, durch eigenes Intereſſe nicht mit Vorurtheilen eingenommene Beurtheiler das Ungerechte mancher Geſetze und Anſtalten nicht bezweifeln kann: ſo wird er auch in Fällen, wo unſere poſitiven Geſetze nichts beſtimmen, nach der Natur der Sache ſchon eine richtige Entſcheidung treffen; wenn gleich die Lehrer des wiſſenſchaftlichen Naturrechts bei manchen Grundſätzen uneinig ſind, ja über den erſten Grundſatz ihrer Scienz ſich noch nicht vereinigt haben, und wenn gleich bei verſchiedenen Rechtsfällen und Materien die Anwendung der allgemeinen Grundſätze ſchwieriger, und nicht immer gleich einleuchtend ſein kann.

Menſchen bleiben übrigens alle Richter, ſie mögen das Naturrecht, oder poſitive Geſetz anwenden. Und ſind denn die Vorſchriften der letztern immer von allen Seiten völlig beſtimmt und ausgemacht? oder giebt es bei Erklärung und Anwendung derſelben nicht eben ſo viele Streitigkeiten?

Eben daher, daß man uns immer und ohne Ausnahme auf Civilgeſetze, deren Analogie und Gründe, verweiſet, kommen viele unrichtige Lehrſätze ins Syſtem, und offenbare Ungerechtigkeiten in Anwendung, die man vermeiden könnte, wenn man die Natur der Sache und Vernunftgründe nicht aus der Acht laſſen wollte. An ſich kann zum Beiſpiele die ſogenannte laesio ultra dimidium kein Recht geben, von einem Contracte wieder abzugehen, den man

einmal

einmal eingegangen iſt. Römiſche Imperatoren geſtatteten dieſes indeß einſt in heiliger Einfalt dem Verkäufer einer Sache. Zöge man nun in Fällen, wo der wörtliche Gegenſtand dieſes Geſetzes nicht vorkommt, das Naturrecht ein wenig zu Rathe: ſo würde eine ſo abgeſchmackte Vorſchrift ſicher nicht extensiue zur Anwendung kommen; anſtatt daß ſie nun als allgemeines Princip im Syſteme des bürgerlichen Rechts angenommen, bei allen zweiſeitigen Verträgen als ein Grund, den ganzen Handel anzufechten, vertheidigt, und eben dadurch eine Sache, die ſo ſehr relativiſch und ſo ſchwierig in der Anwendung iſt, an ſich aber gar keinen wahren Rechtsgrund für ſich hat, zu einer Quelle der koſtbarſten, und häufig doch vergeblichen Proceſſe gemacht wird.

Wiederum werden auch die unleugbarſten Rechtswahrheiten eben dadurch ungewiß und zweifelhaft gemacht, daß man ſie bloß aus dem poſitiven Rechte beweiſen will. Daß der Betrug des Käufers den Uebergang des Eigenthums auf ihn hindere, folglich auch unter mehreren Käufern die Uebergabe dem nicht zu Statten komme, der wiſſentlich eine dem Andern ſchon verkaufte Sache an ſich bringt, ſind Wahrheiten, die man nach Vernunftgründen leicht darthun kann, und die auch gelten müſſen, weil kein Civilgeſetz im Allgemeinen ſich dagegen erklärt hat,

die aber doch beſtritten worden ſind, weil man keine beſtimmte Geſetze dafür aufzuweiſen hatte.

Natürlich wird das Bemühen, bei dieſen und ähnlichen Sätzen, welche durchaus Vernunftmäßig ſind, die Beweiſe aus poſitiven Geſetzen herbei zu ſchaffen, unfehlbar zu allerhand Blößen in Erklärung der Geſetze, und eben dadurch den Vertheidigern des Gegentheils die beſte Gelegenheit geben, den ganzen Satz als unerwieſen zu verwerfen.

Noch ſchlimmer iſt es, wenn der leidige Gerichtsgebrauch Statt weiterer Beweiſe dienen ſoll, und wenn man ſogar Rechtswahrheiten, die man aus andern Gründen weit beſſer darthun könnte, mit der ſogenannten Praxis zu beweiſen ſucht.

Das Syſtem des poſitiven Rechts hat unleugbar durch die Anwendung auf vorkommende Fälle, die wahre Probe der Theorien, viel gewonnen. Unſtreitig würde es auch dem wiſſentſchaftlichen Naturrechte ſehr zu Statten kommen, und zur Berichtigung ſeiner Grundſätze vieles beitragen, wenn man ſolche der Rechtspflege näher brächte, und dadurch von Zeit zu Zeit die Richtigkeit und Beſtimmtheit der wiſſenſchaftlichen Lehrſätze erprobte.

Gewiß würden beſſere Richter und Advocaten gezogen werden, wenn der Unterricht und Vortrag des bürgerlichen Rechts mit den Grundſätzen des Vernunftrechts in beſtändiger Verbindung erhalten,

überall das Verhältniß der Civilgeſetze zu demſelben dargeſtellt, und der angehende Rechtsbefliſſene belehrt würde, ſein Naturrecht nicht bloß als Hülfswiſſenſchaft und allgemeine Vorbereitung vielleicht gleichgültig zu betrachten, ſondern als den edelſten und wichtigſten Theil ſeines Wiſſens, und als die lauterſte Quelle, woraus er künftig zu ſchöpfen hätte. Die Römiſchen Geſetze verweiſen den Richter häufig auf dieſe Quelle, wiewol ſie auch mehrern Rechtsgeſchäften, die Wirkung, welche das Naturrecht ihnen zugeſtehen würde, ganz oder zum Theil abgeſprochen haben.

Im Ganzen hat die Juriſtiſche Litteratur über den Nutzen und Gebrauch des Naturrechts in vorkommenden Juſtizſachen der Staatsbürger nichts vollſtändiges aufzuweiſen. Was davon gelegentlich in den Syſtemen des Privatrechts vorkommt, iſt theils nicht befriedigend, theils zu unbeſtimmt, als daß es in der Anwendung Nutzen gewähren könnte. Inzwiſchen haben die erwähnten Römiſchen Geſetze doch ſo viel veranlaßt, daß man die Frage: ob und in wiefern eine natürliche Zwangspflicht in bürgerlichen Gerichten klagbar ſei? ſowol in den Lehrbüchern und größern Werken des Civilrechts, als auch in einzelnen Abhandlungen zu erörtern geſucht hat. Dabei ſind aber jene Geſetze in mehr als einem Betrachte von den Auslegern mißverſtanden, zum Theil

im Allgemeinen ganz unrichtig angewandt, und die einzelnen Gegenſtände unvollſtändig dargeſtellt worden. Es dürfte daher für die Theorie und Praxis des gemeinen Privatrechts ſchon von Nutzen ſein, vorläufig wenigſtens das gewöhnliche Lehrſyſtem von der Wirkſamkeit natürlicher Verbindlichkeiten in bürgerlichen Gerichten zu berichtigen, und auf wahre allgemeine Grundſätze zurück zu führen. Dieß iſt die Abſicht des folgenden Vortrags.

Außer den verſchiedenen Handbüchern und Syſtemen des bürgerlichen Privatrechts überhaupt, ſind unter den Schriften, welche die gegenwärtige Materie beſonders abhandeln, folgende zu merken:

1) *Ioh.* Pomereschii Diss. *de obligatione naturali*, Gryph. 1661.

2) *Ioh. Andr.* Frommanni Diss. *de obligatione naturali*, Tub. 1676. in der collect. Diss. eiusd. P. II. n. 9.

3) *Ant.* Schultingii Dissert. *de naturali obligatione*, Lugduni Batav. 1683. in ſeinen *commentationibus academicis*, Halae 1770. Das erſte Stück.

4) *Ioh. Christ.* Heilersieg de obligatione naturali, Ultraj. 1694.

5) *Ioh. Ortw.* Westenberg Dissertatio prima *de causis obligationum*, in ſeinen Opp. omn. curante

curante Iungio, Hanov. et Luneb. 1746. Tom. I. p. 59. sequ.

6) *Ioh. Balth.* Wernher *de auctoritate iuris ciuilis circa obligationes naturales*, Vitemb. 1701.

7) *Georg. Christoph.* Neller Respond. Ioh. Iac. Linio etc. *de obligatione praeſertim naturali*, Aug. Trev. 1751. [1])

Diejenigen Schriften, welche die Materie nicht im Ganzen zum Vorwurfe haben, ſondern ſich nur mit einzelnen Gegenſtänden daraus beſchäftigen, werde ich in der Folge am gehörigen Orte anführen.

§. 42.

Abriß der gewöhnlichen Theorie.

Vom Accurſius an, bis auf den Vater des jüngſten juriſtiſchen Lehrbuchs, wird das Verhältniß natürlicher Verbindlichkeiten, ihre Fortdauer und Einſchränkung im bürgerlichen Zuſtande, und überhaupt die gerichtliche Wirkung derſelben, vermittelſt nachſtehender Eintheilungen vorgetragen. Die na-

1) In der Lippeniſchen Bibliothek Tom. 2. Lips. 1757. p. 90. wird eine Abhandlung unter dem Titel; *Joh. Jac.* Livius *de obligatione praeſertim naturali.* Aug. Trev. 1750. angemerkt. Eben dieſe allegirt auch Schmidt inſtit. iur. ciuil. §. 48. not. z. und Eichmann in ſeinen Erklärungen des bürgerlichen Rechts §. 25. not. f. Eine genaue Vergleichung der Titel macht es aber in aller Hinſicht vermuthlich, daß dieſe Abhandlung mit der Nellerſchen eine und eben dieſelbe ſei.

türliche Verbindlichkeit iſt entweder in den bürgerlichen Geſetzen wiederholt vorgeſchrieben, und, wie man ſich eigentlich auszudrucken pflegt, ad effectum agendi beſtätigt worden — oder nicht —. Im erſten Fall iſt ſie, die ſogenannte **vermiſchte Verbindlichkeit**, in Gerichten dergeſtalt kräftig, daß ſie beides, durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden kann. Im **zweiten Fall** aber, wo die Verbindlichkeit unter dem Namen einer bloß **natürlichen** — obligatio naturalis mere talis oder stricte sic dicta — vorkommt, wird ſie wiederum in die **ganz verworfene** — reprobata siue plane destructa, — und die zwar nicht beſtätigte, aber doch auch **nicht ganz verworfene**, oder **nicht ganz aufgehobene** natürliche Verbindlichkeit — obligatio naturalis haut reprobata — abgetheilt. Jene hat in Gerichten ſchlechterdings gar keinen Effect, ſo daß auch die etwa geſchehene Erfüllung derſelben kann zurückgefordert werden —. Letztere hingegen iſt in Anſehung der gerichtlichen Wirkung nur **eingeſchränkt**, und zwar ſo, daß wegen einer ſolchen Verbindlichkeit nur nicht **geklagt** werden kann, wol aber alle übrigen Effecte Statt finden [1]) —.

Obligatio,

1) In Anſehung ſolcher Verbindlichkeiten findet 1) die Compenſation L. 6. D. de compens. 2) ein constitutum, L. 1. §. 7. D. de const. pec. 3) die Novation L. 1. §. 1. D. de novation. 4) ein Pfandrecht L. 5.

Obligatio, wie ein berühmter Rechtsgelehrter [2]) ſich ausdruckt, quae non quidem *confirmata*, nec tamen penitus *ſublata* est; und, wie ein Anderer [3]) hinzufügt: omni effectu haud destituitur, dum non quidem actionem, bene vero exceptionem et retentionem producit. Um nun zu beſtimmen, ob eine nicht beſtätigte natürliche Verbindlichkeit in jene, oder in dieſe Claſſe zu rechnen ſei, hat man nur darauf zu ſehen, ob die Civilgeſetze geſtatten, daß die geſchehene Zahlung wieder zurückgefordert werden dürfte, oder nicht? Dieß iſt der unterſcheidende Character, wobei man es bewenden läßt, ohne den eigentlichen Grund im Allgemeinen richtig und beſtimmt anzugeben. Ja, weil man jene Eintheilungen durchaus zweckmäßig findet, um das Verhältniß jeder einzelnen natürlichen Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten beſtimmen zu können: ſo wird es auch nicht nöthig gehalten, darüber weiter ins Detail zu gehen, außer daß man bei einer jeden der an-

 geführ-

L. 5. u. 14. D. de pignor. 5) Die Bürgſchaft §. 1. I. de fideiuss. 6) nicht aber nach erfolgter Zahlung die Zurückforderung derſelben Statt. L. 10. D. de obl. et action L. 19. D. de condict. indeb. wenn gleich die Erfüllung aus einem Irrthume geſchehen ſein ſollte. I. O. WESTENBERG Diss. 1. de causis obligat. Cap. 4. §. 23. Henr. ZOESIUS comm. ad pand. Lib. XII. Tit. 6. n. 6. 7.

2) HOEPFNER *elem. iur. ciu. Heinecc. emend.* §. 767.

3) HELLFELD iurisprud. forens. §. 26.

geführten Gattungen einige Beiſpiele zur Erläuterung hinzuzufügen pflegt; zu welchem Behuf denn die Verbindlichkeit aus einem Kauf- und Miethcontracte als **vermiſchte** — die aus verbothenen Spielen, der Bürgſchaft einer Frauensperſon, und dem Verſprechen eines gerichtlich erklärten Verſchwenders, als **gänzlich aufgehobene** — und endlich die Verbindlichkeit aus ſimplen Verträgen, aus der Geldanleihe ſolcher Perſonen, die noch unter väterlicher Gewalt ſtehen, als **eingeſchränkte, jedoch nicht aufgehobene natürliche Verbindlichkeiten** angemerkt werden. Damit inzwiſchen doch auf alle Fälle der Vollſtändigkeit nichts abgehen möge, werden in verſchiedenen Lehrbüchern und andern Schriften ſelbſt die Liebespflichten bald der einen, bald der andern Gattung jener natürlichen Verbindlichkeiten beigezählet. **Weſtenberg** [4]) wirft ſolche ſehr unſchicklich mit den Verbindlichkeiten eines prodigi und der Weibesperſonen aus der Bürgſchaft in eine Claſſe. Andere hingegen [5]) behaupten, daß, obgleich dieſer Liebespflichten wegen keine Klage zuläſſig ſei, dennoch die natürlich unvollkommene Verbindlichkeit an ſich der Zurückforderung des Gegebenen im Wege ſtehe. So ſieht im Ganzen der Vortrag

4) Diss. I. de caus. obligat. Cap. 4. §. 9. sequ.

5) *Hugo* Grotius I. B. et P. Lib. 2. cap. 14. n. 6. Hellfeld iurisprud. forens. §. 829.

Vortrag dieſer Materie in unſern Lehrbüchern aus. Wäre es möglich, daß Autorität und Menge der Vertheidiger zur Wahrheit an ſich etwas beitragen könnten, ſo würde die Sache über alle Zweifel gänzlich hinweg ſein. Man prüfe aber dieſes Lehrgebäude ohne Vorurtheil, und man wird die ganze Anlage deſſelben äußerſt fehlerhaft und zweckwidrig finden.

§. 43.

Von den Fehlern der gedachten Theorie; und zwar 1) von dem Mißbrauch der Eintheilung in vermiſchte und bloß natürliche Verbindlichkeiten.

Daß die in den vorhergehenden Paragraphen angeführte Eintheilung der natürlichen Verbindlichkeit, in Rückſicht des gerichtlichen Effects, nicht ausdrücklich in unſern Civilgeſetzen ſelbſt beſtätigt ſei, geſtehen die Vertheidiger der gemeinen Lehre freimüthig [1]), daß die Sache ſelbſt aber ſich wirklich ſo verhalte, wie ſie von ihnen vorgetragen wird, davon ſind ſie vollkommen überzeugt. Gleichwol iſt es 1) offenbar nicht zu rechtfertigen, daß die Eintheilung in bloß natürliche und vermiſchte Verbindlichkeiten dazu dienen ſoll, um vermöge derſelben die gericht-

1) *Joh. Ortw.* Westenberg Diss. I. de causis obligat. Cap. 4. §. 5. in den Worten: Licet haec totidem verbis in legibus nostris non occurrant, rem ipsam tamen inueniri sufficit.

liche Wirkſamkeit einer Forderung überhaupt zu beſtimmen. Es wird nach meiner Ueberzeugung nicht mit Recht behauptet, daſz der völlige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit nur ſodann Statt finde, wenn ſie in den Civilgeſetzen wiederholt vorgeſchrieben und beſtätigt worden, daſz folglich alle übrigen Zwangspflichten, wovon die bürgerlichen Geſetze ſchweigen, wenigſtens *quoad effectum agendi* unwirkſam wären. In dem finſtern Zeitalter der Gloſſatoren, wo die Jurisprudenz mit allen übrigen Wiſſenſchaften in der traurigſten Verfaſſung ſtand, war es verzeihlich, wenn man ſich die Sache ſo vorſtellte: Sunt actualis obligationis duae radices, una *naturalis*, quae conſenſu naſcitur, et inter omnes fieri poteſt, hinc naturalis dicitur, ſed *haec vim non habet exigendi*, impedit tamen ſoluti repetitionem. *Huic quandoque accedit ciuilis etiam radix*, quae illi naturali faciem dat, vel formam, vel veſtem, *ut poſſit parere actionem* [2]).

Merkwürdiger iſt es, daſz in der Folge ſelbſt die gelehrteſten Juriſten dieſen Irrthum in ihren Schriften beibehalten konnten. So ſchreibt **Herrmann Vul-**

2) *Franciſc.* Accursius ad tit. inſtitut. de obligationibus.

Vulteius [3]): Iure duntaxat naturali ſubnixae obligationes *momenti ſunt exigui*, *neque omnino ad agendum utiles*. Diſtinctio obligationum in ciuiles, naturales et mixtas, est ex cauſa et origine ſua; ciuiles a iure ciuili profectae ſunt, naturales a naturali, in quo eadem ſubsiſtunt, *ut ulterius non progrediantur*, mixtae origine quidem et inuentione ſua a iure naturali ſiue gentium, approbatione vero et informatione a iure ciuili. So auch Conrad Rittershus [4]): Abutimur verbo debendi, quum ſeruum debere, vel obligare dicimus; ſicuti teſtamentum iniuſtum per abuſum teſtamentum uocamus. *Vera enim et ad agendum efficax obligatio eſt ciuilis*. So auch Juſt Henning Boehmer [5]): Obligatio, quatenus externo nititur *adiumento legis ciuilis*, dicitur externa et plena. Oritur illa neceſſitas ultimo ex lege; et alia dicitur *naturalis tantum*, quae ſolo vinculo legis naturae nititur, iure ciuili tamen *non agnita*; haec aeſtimatur exinde, ſi inter illos, qui ſolo iure naturae viuunt, vim cogendi externam operatur, quamuis

3) *Herrm.* Vulteius iurispr. rom. edit. Eſtor. §. 1501. et 1504.

4) *Conrad* Rittershus comment. ad inſt. Lib. 3. tit. 14. pag. 397.

5) *Juſt. Henning* Boehmer introduct. in ius digeſt. Lib. XLIV. Tit. VII. § 2. ſequ.

uis in statu ciuili *ciuilis vis ei non sit superaddita.* Haec de iure ciuili *non dat actionem.* Alia mixta dicitur, cui utrumque ius, et naturale, et ciuile, vinculum addidit; et *parit actionem et exceptionem.* So auch **Johann Voet** [6]: Obligatio naturalis tantum est, quae solo nititur aequitatis naturalis vinculo, nullam producens actionem. — Et haec ita, *si vel obligatio naturalis plena sit.* So auch **Math. Wesenbek** [7]: Proprie obligatio dicitur, quae utramque, *naturalem et ciuilem, continet. Haec enim demum efficax est.* — So auch **Joh. Gottfr. Schaumburg** [8]: Sigillatim vero ut obligatio in foro efficax sit et *actionem* producat, *lex ciuilis illi adsistat* requiritur. Quod ita necessarium est, ut sola *naturalis* obligatio, *licet perfecta sit*, externe actionem non producat; So endlich **Johann August Hellfeld** [9]: obligatio naturalis non approbata, nec tamen reprobata, omni effectu haud destituitur, dum non quidem actionem, bene vero exceptionem et retentionem producit.

§. 44.

6) *Joh.* Voet Comment. ad Pand. Tit. de obligat. et act. §. 3.

7) *Math.* Wesenbec ad Pand. Tit. de oblig. et action. §. 6.

8) *Jo. God.* Schaumburg comp. iur. Digest. Tit. de obligat. et act. §. 3.

9) *Joh. Aug.* Hellfeld iurisprud. forens. §. 26.

§. 44.

Die geſunde Vernunft verleugnet dieſe Lehre.

Alſo, natürliche Zwangspflicht iſt an und für ſich in bürgerlichen Gerichten nicht klagbar — wenn ſie nicht durch Vorſchriften der Civilgeſetze zu dieſer Wirkung ſanctionirt worden iſt. Ich darf nicht umgekehrt ſagen: alle natürliche Verbindlichkeiten ſind auch in foro ciuili **völlig** wirkſam, es wäre denn durch bürgerliche Geſetze nahmentlich **eine Einſchränkung** geſchehen. Soll eine Klage Statt finden: ſo muß gezeigt werden, daß das poſitive Recht dem Gläubiger dieſe Befugniß wirklich **ertheilt habe**. Dieſes Raiſonnement iſt zuvörderſt, wenn wir dabei noch zur Zeit auf kein einzelnes poſitives Recht Rückſicht nehmen, an ſich ſchon ganz Vernunftwidrig. Denn ſind auf der einen Seite die Mitglieder des gemeinen Weſens ſchuldig, ihre Rechte nicht durch Privatgewalt, ſondern durch richterliche Hülfe geltend zu machen, ſo müſſen auch auf der andern Seite die Gerichte verbunden ſein, einem Jeden zur Erlangung ſeines vollkommenen Rechtes zu verhelfen. Da nun dergleichen Rechte und Verbindlichkeiten an ſich allerdings ohne alle Vorſchrift der poſitiven Geſetze Statt finden können, wofern man nicht in den lächerlichen Irrthum gerathen will, daß das Naturrecht zu ſeiner verbindenden Kraft der Beſtätigung des bürgerlichen Geſetz-

gebers bedürfe, ſo iſt gar nicht abzuſehen, wie der Richter eine aus dem natürlichen Zwangsrechte erhobene Klage bloß darum verwerfen könne, weil das Civilrecht derſelben nicht gedenket. Ein anderes wäre freilich zu behaupten, wenn in dieſem oder jenem poſitiven Geſetze ein für allemal ausdrücklich verordnet worden, daß nur ſolche Klagen, welche das bürgerliche Recht beſtätigt hätte, in Gerichten zulaſſig ſein ſollten. Außer dem aber bringt es die Natur der Sache ganz ungezweifelt mit ſich, daß man jene Beſtimmung grade umkehren, und jede natürliche Zwangspflicht der Regel nach auch in der bürgerlichen Societät als völlig wirkſam und klagbar annehmen müſſe, daß folglich die der gerichtlichen Wirkung nach eingeſchränkte natürliche Verbindlichkeit, nur als Ausnahme von der Regel, lediglich auf die einzelnen Fälle zu reduciren ſei, wo die Geſetze dergleichen ausdrücklich verordnet haben [1]).

§. 45.

Auch der Geiſt des Römiſchen Rechts.

Anders würde die Sache ſich verhalten, wenn in dieſem oder jenem poſitiven Rechte wirklich die Verordnung enthalten wäre, daß bloß natürliche Rechte

und

1) Hiebei iſt nachzuſehen Nettelbladt system. elem. iurispr. posit. germ. comm. general. §. 281. Eichmann Erklär. des bürgerlichen Rechts, Th. 1. S. 87. n. 4. Glück Erläuter. der Pandekten, §. 26.

und Verbindlichkeiten nur diejenige Kraft und Wirkung haben ſollten, welche die bürgerliche Legislation ihnen beſonders beigelegt hätte. Es entſteht daher die Frage, was die in Deutſchland geltenden poſitiven Geſetze in dieſem Stücke eigentlich verordnen? Wir wollen mit dem Römiſchen Rechte den Anfang machen. Man glaubt in dieſem Geſetzbuche mehr als eine Beſtätigung der gemeinen Theorie zu finden. Eine genauere Prüfung dürfte vielmehr vom Gegentheil überzeugen. Der Ausdruck: *ſecundum* noſtrae ciuitatis iura, in der Erklärung der Verbindlichkeit [1]), iſt ſehr ſchicklich dahin zu verſtehen, daß keine Verbindlichkeit *contra* noſtrae ciuitatis iura angehen könne [2]), und giebt daher kein Argument für jene Theorie. Wenn hiernächſt die Römiſchen Rechtsgelehrten an manchen Stellen von der natürlichen Verbindlichkeit in einem Tone reden, der die gemeine Meinung zu begünſtigen ſcheint, ſo hätte man doch vor allen Dingen erſt unterſuchen müſſen, ob ſolche Stellen als allgemeine Regeln, oder nur in Beziehung auf gewiſſe einzelne Arten der Verbindlichkeit gelten können; und in welchem Sinne eigentlich der Ausdruck: obligatio naturalis, gebraucht worden ſei. Allerdings giebt es

Fälle,

1) pr. I. de obligationib.

2) Man ſehe übrigens Cuiacius in not. ad c. l. Westenberg Diſsert. 1. de cauſis obligat. c. 4. §. 30. Glück Erläuter. der Pandect. Th. 1. §. 2.

Fälle, wo Verbindlichkeiten, die an ſich vorhanden ſind, durch beſtimmte Geſetze die rechtliche Wirkung ganz oder zum Theil verſagt worden iſt. Grade dieſe Fälle ſind es: welche die Römiſchen Rechtsgelehrten durch: obligatio naturalis im ſtrengern Verſtande bezeichneten, wie ſich §. 55. näher zeigen wird. Es iſt alſo eine wahre petitio principii, wenn man die Wirkſamkeit ſolcher Verbindlichkeiten, von denen die Civilgeſetze ſchweigen, nach eben den Rechtsſätzen beurtheilen wollte, welche von der natürlichen Verbindlichkeit in jener beſondern Beziehung vorkommen [3]). Daß die Römiſchen Rechtsgelehrten über-dem

3) Dahin gehören vorzüglich die Worte Juliani L. 16. §. 4. D. de Fideiussorib.: Licet *minus proprie* debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum recepisse; imgleichen *Ulpiani* L. 41. D. de peculio: Nec seruus quidquam debere potest, nec seruo potest deberi. Sed quum eo verbo *abutimur*, factum magis demonstramus, quam ad ius ciuile referimus obligationem; und L. 10. D. de Verbor. signific.: Creditores accipiendos esse constat, eos, quibus debetur ex quacunque *actione vel iure ciuile, vel iure honorario*. Quodsi *natura* debeatur, non sunt loco creditorum. Wenn übrigens Pomponius L. 49. §. 2. de peculio ſchreibt: Ut debitor vel seruus domino, vel dominus seruo intelligatur, ex *causa ciuili* computandum est: ſo wird dieß von einigen Auslegern unrichtig dahin erklärt, daß ſelbſt der Grund der Verbindlichkeiten allemal nur aus bürgerlichen Rechten herzuleiten ſei. Der wahre Sinn iſt

dem die Zuläſſigkeit mancher einzelnen Klage aus unleugbaren natürlichen Zwangsrechten bezweifelten, oder ſich wol gar dagegen erklärten, kam auch noch beſonders daher, weil in verſchiedenen Fällen ſchon vorhandene Beſtimmungen der Civilgeſetze und deren Analogie, vielmehr Gründe gegen dergleichen Klagen darbothen [4]). In der That würde es uns auch nach der ganzen Anlage zumal der ältern Römiſchen Rechts- und Gerichtsverfaſſung, wobei ſo vieles, ja faſt alles auf Formeln und wörtliche Solemnitäten ankam, nicht Wunder nehmen, wenn ſich noch mehrere dergleichen Aeußerungen fänden. Urſprünglich hat

iſt eigentlich dieſer: Obgleich zwiſchen dem Herrn und dem Knechte keine bürgerlich vollgültige, ſondern nur eine eingeſchränkte natürliche Verbindlichkeit Statt findet: ſo muß doch, um überhaupt eine Verbindlichkeit behaupten zu können, die Sache nach eben den Gründen beurtheilt werden, welche ſonſt in den Angelegenheiten der Staatsbürger eine Verbindlichkeit rechtfertigen — causa ciuilis —. Daher heißt es auch in den gleich folgenden Worten: Ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere seruo suo, quum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, *nuda ratio non facit eum debitorem.* Kurz was unter den eigentlichen Staatsbürgern keine Verbindlichkeit gründen würde, kann auch zwiſchen Herrn und Knechten dieſe Wirkung nicht haben. Faber rational ad Pand. ad L. cit.

4) L. 32. D. *de Rebus credit.*, verglichen mit L. 11. D. *de obligat. et act.* — L. 33. D. de *condict. indebiti.* L. 48. D. *de Rei vindicatione*, L. 14. §. 1. D. *communi divid.*

hat unſtreitig bei der Römiſchen Rechtspflege die Idee einer buchſtäblichen Befolgung der Civilgeſetze obgewaltet, und vermöge derſelben auch die Meinung, daß keine Klage in Gerichten durchgeſetzt werden könne, ohne den Ausdruck eines Geſetzes für ſich zu haben. Davon zeugen die Umwege, welche die Rechtsgelehrten zu nehmen pflegten, um den Rechtsangelegenheiten irgend eine Geſetzlich ſanctionirte Klage beſtimmen zu können. Ich darf hiebei auch nur an den Handel des Römiſchen Ritters **Canius** mit dem **Pythius** erinnern, den uns **Cicero** ſo unterhaltend erzählt. Der Betrug des **Pythius** war ausgemacht, allein **Cicero** war nicht der Meinung, daß eine Klage Statt gefunden hätte. Nondum enim, ſagt er, *Aquilius* collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas, in quibus ipſis, quum ex eo quaereretur quid eſset dolus malus, reſpondebat, quum eſset aliud ſimulatum aliud actum [5]). Nach und nach hat aber das Römiſche Rechtsſyſtem eine ganz andere Geſtalt gewonnen. Die Prätoren ſuchten bekanntlich die natürliche Billigkeit ſogar **gegen** die Vorſchrift des ſtrengen Rechts geltend zu machen, und ſie fanden alſo deſto weniger Bedenken, in Fällen, wo die Geſetze nichts beſtimmten, nach den Vorſchriften des Vernunftrechts Klagen in factum zu geſtatten. Die Juri-

ſten

5) Cicero de officiis III. 14.

ſten folgten dieſem Beiſpiele, und verſuchten es in ihren Commentaren über das Edict, die Sache immer mehr zu befördern, bis dieſe endlich durch Kaiſerliche Conſtitutionen ganz außer Zweifel geſetzt ward. Seitdem herrſcht in dem Römiſchen Rechte durchaus eine andere Sprache, wie ſich gleich näher ergeben wird.

§. 46.

Fortſetzung des vorigen.

Anſtatt daß nach der gemeinen Meinung die im bürgerlichen Rechte nicht beſtätigte natürliche Verbindlichkeit den völligen gerichtlichen Effect nicht haben ſoll, wird an unzähligen Stellen gerade das Gegentheil gelehrt, und der Richter überall auf Naturrecht und natürliche Billigkeit verwieſen. Placuit, ſo lauten die Worte in L. 8. Cod. *de Iudiciis*, in *omnibus rebus* praecipuam esse iustitiae *aequitatisque*, quam stricti iuris rationem, und an einer andern Stelle [1]): etsi nil facile mutandum est ex solemnibus, tamen *ubi aequitas euidens* poscit, subueniendum est. Wiederum [2]): in omnibus quidem, *maxime tamen in iure aequitas spectanda est.* Merkwürdig iſt auch folgende Stelle [3]): Si moratus sit promissor, haesitatur, an si postea

1) L. 7. D. *de in integr. restit.*
2) L. 90. D. *de regul. iur.*
3) L. 91 §. 3. D. de V. O.

in mora non fuerit, extinguatur ſuperior mora? et Celſus adoleſcens ſcribit, eum qui moram fecit in ſoluendo Sticho, quem promiſerat, poſſe emendare eam moram poſtea offerendo: *eſſe enim hanc quaeſtionem de bono et aequo, in quo genere plerumque ſub auctoritate iuris ſcientiae perniciose erratur.* Dieſe Geſetze kündigen es ſehr deutlich an, daß das neuere Römiſche Recht den Klagen aus der natürlichen Billigkeit — ein Ausdruck, der hier immer das natürliche Zwangsrecht bezeichnet, nicht ungünſtig ſein werde. Und war nicht gerade zu dieſem Endzweck die ſogenannte actio in factum ganz beſonders üblich? War ſie nicht diejenige Klage, wodurch natürliche Verbindlichkeiten, deren das bürgerliche Recht nicht gedachte, verfolget wurden? *Cum*, ſagt der Imperator [4]), *non ſufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio*, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione teneri.* Den Grund hievon können wir füglich mit den Worten des Paullus angeben: *hoc aequitas ſuggerit*, etſi iure deficiamur [5]).

Aus

4) §. ult. I. *de lege aquilia.* *C. F.* Meister *de in factum actionibus.* Goett. 1748. *J. L.* Schmidt praktiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 26. in den Worten: „Sonſt bedeutet actio in „factum diejenige Klage, welche weder aus den Worten, „noch aus dem Sinn der (civil) Geſetze, ſondern aus „der Billigkeit entſpringt.“

5) L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv.

Aus dieſem beſtändigen Fundamente actionis in factum leuchtet klar hervor, daß ſolche überall Statt findet, wo eine natürliche Zwangspflicht vorkommt, welche durch bürgerliche Geſetze weder wörtlich vorgeſchrieben, noch aus der Analogie derſelben herzuleiten iſt [6]. Ich kann, was dieſen Punkt anbetrifft, einen wichtigen Gewährsmann für mich anführen. J. H. Boehmer ſchreibt [7]: Iureconſulti actionem in factum toties dederunt, *quoties fundamentum aequitatis in caſu quodam deprehenſum fuit.* Neque vero credendum eſt, tantum huic actioni locum eſſe in exemplis illis quae in iure Romano traduntur, et iureconſultorum deciſioni ſubmiſſa fuerunt. Nam caſus hi tantum *exempla* ſuggerunt, hanc actionem autem minime ad illa *reſtringunt*, quae in iure Romano occurrunt. Sicuti

 enim

6) In dem letztern Fall, wenn die Klage zwar nicht durch den Buchſtaben der Civilgeſetze, wol aber durch den Grund derſelben beſtätigt war, ward ſie mit dem Nahmen einer actio utilis bezeichnet. Dieſe diſtinguirt der Imperator ſelbſt von der eigentlichen actio in factum ausdrücklich: Quum *non ſufficiat* neque directa, *neque utilis* legis aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri. *Mich.* Graſſii *praxis antiqua et moderna actionum forenſium, in ſpecie directarum et utilium.* Tubing. 1726. *Fr. Gottl.* Zolleri Diſſert. *de actionibus utilibus.* Lipſ. 1743.

7) *J. H.* Boehmer *doctrina de actionibus* ſect. 2. cap. 5. §. 13.

enim obligatio ex variis causarum figuris oritur, ita impoſſibile est omnes casus referre. Superstitiosi, ne quid grauius dicam, illi sunt, qui extra casus in iure propositos, huic actioni nullum locum relinquunt, cum tamen exempla regulam non semper exhauriant. So wahr und recht dieſe Meinung des berühmten **Böhmers** iſt, ſo wenig kann ich damit den Beifall vereinigen, welchen er an einer andern oben bereits angeführten Stelle dem gewöhnlichen Lehrgebäude vom gerichtlichen Verhältniſſe natürlicher Verbindlichkeiten zu ertheilen unbedenklich fand. Man vergleiche hiemit noch andre Geſetzſtellen, welche Böhmer zwar nicht angemerkt hat, die aber gleichwol die Sache ungemein aufklären. Wenn nämlich **Ulpianus** [8]) alſo ſchreibt: lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur *nisi lex specialis aliud inducit*; Wenn **Modeſtinus** [9]) behauptet: si quis propter aegritudinem vel aliam necessitatem constituto tempore non poterit venire, ignoscendum ei est, *cuius fidem tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali iustitia*, tamen et constitutio Imperatorum Veri et Antonini haec dicit; Ja wenn erſterer überhaupt die Regel vorträgt [10]), ubi de bona fide agitur, non congruit

8) L. 24. D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*
9) L. 13. §. 7. D. *de excusat. tutor.*
10) L. 29. §. 4. D. *Mandati.*

congruit de apicibus iuris disputare, *ſed de hoc tantum, debitor fueritne?* Und wenn endlich die Zuläſſigkeit gerichtlicher Klagen in ſolchen Fällen durch folgende geſetzliche Vorſchriften [11]) hinlänglich begründet wird: *Quum deficiant vulgare atque uſitata actionum nomina* praeſcriptis verbis agendum eſt, — in quam confugere neceſſe eſt, *quoties contractus exiſtunt, quorum appellationes nullae iure ciuili proditae ſunt.* Natura enim rerum conditum eſt, ut plura ſint negotia, quam vocabula. — Inde quia actionum non plenus numerus eſſet, *plerumque actiones in factum deſiderantur.* — Ideo ſi glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immiſſo pecore, depaſcam, Ariſto ſcribit, non ſibi occurrere legitimam actionem, — *in factum itaque erit agendum:* — ſo folgt aus dieſem allen nach meiner Ueberzeugung unſtreitig, daß ſelbſt nach neuern Römiſchen Rechten, die natürlich vollkommene Verbindlichkeit auch ohne beſondere Zuſtimmung der bürgerlichen Geſetze, in foro ciuili vollgültig und klagbar iſt, daß es vielmehr unter die Ausnahmen gehört, wenn in dieſem oder jenem Falle die gerichtliche Wirkung nach beſondern Vorſchriften ganz oder zum Theil nicht Statt findet; daß folglich kein Richter, ohne eine Ungerechtigkeit zu begehen, und ſelbſt gegen die Ge-

11) L. 2. 3. 4. 11. 14. §. 3. D. *de praeſcr. verb.*

ſetze zu handeln, die Klage wegen einer natürlichen Verbindlichkeit bloß darum, weil ſie nicht durch bürgerliche Geſetze beſonders ſanctionirt worden iſt, verwerfen könne [12]), und daß um ſo mehr auch unſere Gerichte nach den nunmehr in Juſtinians Geſetzbuche vorliegenden allgemeinen Vorſchriften in allen Fällen, wo die Civilgeſetze nichts beſtimmen den Grundſätzen des Vernunftrechts nachgehen, folglich auch bloß darin gegründete Klagen zulaſſen müſſen.

§. 47.
Auch das kanoniſche Recht und der heutige Gerichtsgebrauch ja die tägliche Erfahrung.

So weit vom Römiſchen Rechte. Betrachten wir nun vollends die Sache nach den Vorſchriften des geiſtlichen Rechts, und in Rückſicht auf die tägliche Erfahrung in unſern Gerichten, ſo wird ſie noch auffallender. Weil aber, was dieſen Punkt anbetrifft,

12) Wenn man überhaupt nur das ältere Römiſche Rechtsverhältniß von dem unterſcheidet, was es nach und nach geworden, und wozu es endlich in Juſtinians Geſetzſammlung gediehen iſt, ſo dürfte die Sache weniger zweifelhaft bleiben. In dieſem Betrachte, und dasjenige wol erwogen, was im vorigen §., wegen der in der 4ten Note daſelbſt angeführten Geſetze, bemerkt worden iſt, glaube ich auch, daß die Meinung **Hoepfners** Theoret. pract. Comment. §. 1097. 98. ſich mit der meinigen vereinbaren laſſe. **Glück** Erläuter. der Pandekt. Th. I. §. 26.

trifft, ein berühmter Gelehrter [1]) uns bereits vorgearbeitet hat: ſo wollen wir, ſtatt einer weitern Ausführung, die eigenen Worte deſſelben ganz hieher ſetzen. — „Die Frage: Ob aus der bloßen „natürlichen Billigkeit Klagen entſpringen, iſt nach „den Lehrbegriffen bezweifelt. Ein Satz, der zu „ſehr nach den alten Römiſchen Formeln ſchmeckt, „als daß heut zu Tage davon Gebrauch gemacht „werden könnte. Die tägliche Erfahrung iſt für deren Zuläſſigkeit, und folgende Gründe unterſtützen „ſie. 1) Selbſt die Römiſchen Rechtsgelehrten, „nicht bloß die, welche unter dem Kaiſer Auguſtus „gleichſam geſetzliche Gutachten ertheilten, haben „manche Klagen aus dieſem Grunde eingeführt, wel„che in keinem Geſetze, weder ausdrücklich, noch „ſtillſchweigend beſtimmt waren. 2) Das geiſtliche „Recht, welches in proceſſualiſchen Materien dem „Römiſchen Rechte vorzuziehen iſt, will, daß nicht „mit Spitzfindigkeit unterſucht werden ſoll, was für „eine Klage angeſtellet ſei, ſondern es ſoll nur auf „die Sache Rückſicht genommen werden, cap. 6. X. „de iudic. [2]). 3) Die Deutſchen haben nie eine „feſt-

1) Juſt. Claproth Einleitung in den ordentlichen Proceß, Erſter Theil, erſte Abtheil. §. 1. not. b.

2) Die Worte dieſes cap. lauten alſo: Prouideatis attentius, ne ita ſubtiliter, ſicut a multis fieri ſolet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis; ſed ſimpliciter,

„feſtgeſetzte Anzahl der Klagen gehabt, ſondern die „Verbindlichkeiten bloß nach der natürlichen Billig„keit abgemeſſen. Nie aber iſt der Römiſche Pro„ceß, am wenigſten das Formularrecht, zur Anwen„dung gekommen. 4) Die Rechtslehrer tragen kein „Bedenken, da aus der natürlichen Billigkeit Kla„gen zu geſtatten, wo die Römiſchen Geſetze keine „eingeführt haben. Wider L. 48. D. de rei vind. „und L. 33. D. de cond. indeb. verſtatten **Hu„ber** [3]) und **Heineccius** [4]) heut zu Tage mit Recht „die

citer, et pure *factum ipſum*, *et rei veritatem* ſecundum formam canonum et ſanctorum patrum inſtituta inueſtigare curetis. Mancher Advocat und Procurator, auch wol nach Gelegenheit mancher Richter, dem herzlich bange werden ſollte, wenn er das eigentliche genus actionis inſtitutae vel inſtituendae angeben müßte, hat Urſach, hiefür das Andenken des Pabſtes Alexander III. zu ſegnen: *Tibi molliter oſſa quieſcant!* obgleich die wahre Abſicht des angeführten Textes keinesweges dahin geht, das gründliche Studium der Lehre von Klagen und Einreden, welches leider, wie die Erfahrung bei hohen und niedern Gerichten ergiebt, ſehr oft mit Aſſembleen, mit L'hombre und Hazardſpielen in ſtarke Colliſion geräth, ganz überflüſſig zu machen.

3) Huber ad inſt. tit. de rer. diuis. §. 40.

4) Heineccius elem. iur. ciuil. ſec. ord. inſtit. §. 366. —— Im allgemeinen urtheilte auch ſchon Adrian **Beyer** eben ſo als **Claproth**; und ſetzte hier die Deutſchen Gebräuche dem Römiſchen Rechte entgegen: Niſi iure ciuili diſerte probaretur obligatio, *utut iure naturali perfectiſſima* actionem non producebat ——. Obligatio naturalis, ſiue quae *ſolo* vinculo aequitatis, ſiue

„die Klage nach der natürlichen Billigkeit demjeni„gen, welcher auf fremden Grund und Boden ge„bauet hat. Die Gränzen, wie weit Klagen nach „der bloßen natürlichen Billigkeit zugelaſſen wer„den können, ſind dieſe: a) muß die Billigkeit „nicht wider ein geltendes Geſetz anlaufen; „b) muß ſie in einem unleugbaren Grundſatze „des natürlichen Rechts gegründet ſein; und „c) ein Zwangsrecht zum Grunde haben."

§. 48.

II. Von der ſogenannten obligatione naturali reprobata ſiue plane destructa.

Die zweite Eintheilung natürlicher Verbindlichkeiten, in ſolche, die das bürgerliche Geſetz durchaus verwirft — und ſolche, die zwar nicht beſtätigt, aber auch nicht gemißbilligt ſind — ſcheint in den Lehrſyſtemen noch manche Berichtigung zu erfordern, wenn ſie der Wahrheit angemeſſen, und von allen Irrthümern gereinigt ſein ſoll. Eine gänzlich aufgehobene natürliche Verbindlichkeit obligatio naturalis reprobata s. plane deſtructa iſt nach der gemei-

ſiue iuris naturae nititur, moribus Germaniae regulariter actionem producit. Delin. iur. German. Lib. 3. cap. 1. §. 3. u. 19. Auch Hoepfner Theoret. prakt. Comment. §. 1096. u. 97. iſt damit einig, daß heutiges Tages aus jeder vollkommenen natürlichen Verbindlichkeit, wenn die bürgerlichen Geſetze nicht ein anders verordnen, eine Klage Statt finde.

nen Erklärung vorhanden, wenn durch poſitive Geſetze einer natürlichen Verbindlichkeit alle Wirkung genommen worden. Der unterſcheidende Character wird darin geſetzt, wenn die Rechte Jemanden verſtatten, dasjenige, was er vermöge der natürlichen Verbindlichkeit ſchon gegeben hat, vermittelſt der condictio indebiti wieder zu fordern. Dieß iſt es, was die Gelehrten im allgemeinen zur Erläuterung der Sache hinreichend glauben; und man wird ſchwerlich in den Syſtemen und Lehrbüchern etwas beſtimmteres antreffen. Zuvörderſt iſt aber 1) dieſe Unwirkſamkeit gewiſſer natürlichen Verbindlichkeiten in bürgerlichen Gerichten eigentlich nur die Folge des veränderten Verhältniſſes, worin dieſe oder jene ſonſt natürlich verbindliche Handlung nach Anordnung der poſitiven Geſetze zu betrachten iſt. Daher muß auch die Nothwendigkeit einem Jeden von ſelbſt einleuchten, daß dieſes Verhältniß erſt gehörig unterſucht, und eben daraus das Reſultat erklärt werde [1]). Statt deſſen hat man die ganze Theorie auf das Letztere eingeſchränkt, und das Principium ſelbſt faſt gänzlich

1) Hugo Donellus Lib. XII. *Comment. iur. ciuil.* Cap. 2. n. 50. in den Worten: Ubi sit haec obligatio atque hoc vinculum naturae *ex causa et origine* aestimandum est. Ex effectu autem non potest de illo responderi, nisi praepostere. Prius enim obligationem esse oportet, sic deinde quaeri, quem effectum habeat.

gänzlich darüber aus der Acht gelaſſen. Daher werden auch unter der Benennung: obligatio naturalis reprobata, manche Fälle gleich behandelt, die doch in mehr als einem Betrachte noch ſehr verſchieden ſind. 2) Die Frage: ob mit dem veränderten Verhältniſſe im bürgerlichen Zuſtande, die Behauptung einer noch fortdaurenden natürlichen Verbindlichkeit aus gewiſſen Handlungen und Geſchäften überall beſtehen könne? iſt dabei gar nicht gehörig zur Unterſuchung gekommen. Die gemeine Theorie, welche nur von der Wirkſamkeit in Gerichten ausgeht, kann hierüber keine hinlängliche Erläuterung gewähren. Denn Verbindlichkeit an ſich, und gerichtliche Wirkung derſelben ſind zweierlei. Jene kann allerdings an ſich immer noch vorhanden ſein, obgleich dieſe nicht Statt findet. Die Rechtsgelehrten ſind daher auch ziemlich unbeſtimmt, ſobald ſich ihr Vortrag der gedachten Frage nähert [2]). Eine

genauere

2) FROMMANN diss. de obligatione naturali §. 61. in den Worten: Interdum factum aliquod sua natura haud turpe, pro turpi habitur, *legis ciuilis prohibitione interueniente.* Quae tamen prohibitio promissorum vix ab omni obligatione, ad minimum non a naturali liberabit. Wir werden in der Folge ſehen, wie bald dieſer Schriftſteller wieder einlenken, ja ſich ſelbſt widerſprechen könne. VASQUIUS *controuers. illustr.* XVI. 2. behauptet: *omnem* conuentionem, modo naturalis subsit aequitas, etsi iure ciuili non tantum destituatur, sed et pro nulla habeatur, vinculum naturale producere.

genauere Prüfung, ob und in wiefern das poſitive Recht dieſe oder jene an ſich natürlich erlaubte und verbindliche Handlung eigentlich verbothen, oder nur in Anſehung der Rechtspflege für nichtig, ganz oder zum Theil unwirkſam erklärt habe, würde natürlich der Anlaß zu einer beſtimmtern Theorie geworden ſein. Eben ſo iſt auch 3) das angegebene unterſcheidende Kriterium, daß in Fällen obligationis reprobatae, auch die geſchehene Zahlung zurückgefordert werden könne, nach Verſchiedenheit jener geſetzlichen Vorſchriften, näher zu beſtimmen. Wenn gefragt wird, ob die Zurückforderung in gedachten Fällen auch dem zu Statten komme, der wiſſentlich zahlte, wozu ihn kein Richter verurtheilen konnte? ſo dürfte uns die gemeine Lehre keine zureichenden Gründe darbiethen, um dieſe Frage überall gehörig zu beantworten. Und gleichwohl hätte doch ſchon der Unterſchied, welcher in dieſem Betrachte zwiſchen der Bürgſchaft einer Frauensperſon und dem Hazardſpiele, wie auch dem böſen Wucher obwaltet, etwas aufmerkſamer auf die Sache machen können.

§. 49.

III. Von den Liebespflichten.

Im vorigen §. ſind der gemeinen Theorie, bei Gelegenheit der nach Vorſchrift bürgerlicher Geſetze ganz unwirkſamen natürlichen Verbindlichkeit, verſchiedene Mängel vorgeworfen worden. Einige

Rechtslehrer haben aber dieſe Materie noch reichhaltiger zu machen geſucht, indem ſie ſogar die an ſich ſchon nicht erzwingbaren Pflichten — officia humanitatis — mit denen in eine Claſſe bringen, welchen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat [1]). Wahr iſt es, daß die Erfüllung derſelben nicht mittelſt einer Klage gefordert werden kann. Allein dieß ergiebt ſchon die Natur und das Weſen dieſer Pflichten ſelbſt; und ſie können daher mit wirklichen Zwangspflichten, die nur durch poſitive Vorſchrift unerzwingbar geworden ſind, durchaus nicht ohne Widerſpruch als gleichartig behandelt werden. Andere Rechtslehrer [2]) machen es nicht viel beſſer, wenn ſie die ſogenannten unvollkommenen Pflichten mit der eingeſchränkten natürlichen Verbindlichkeit vermengen, die zwar nicht klagbar iſt, aber doch die Zurückforderung des einmal Bezahlten ausſchließt. Wahr iſt es, auch die Erfüllung jener Pflichten der bloßen Menſchenliebe kann nicht wieder zurückgefordert werden. Allein der Grund davon iſt nicht, wie bei den eigentlichen

Zwangs-

1) Man findet eine ſolche Claſſification unter andern bei Westenberg diss. I. de causis obligationum Cap. 4. §. 9. sequ. imgleichen bei Hahn ad Wesenbecium Tit. *de obligationibus et act.* n. V.

2) Hugo Grotius I. B. et P. Lib. 2. c. 14. n. 6. Lauterbach *Compend. Pandectar. Tit. de condict. indeb.* pag. 200. Hellfeld iurisprud. forens. §. 829.

Zwangspflichten, die Verbindlichkeit an ſich, ſondern die freiwillige Leiſtung oder Weggabe deſſen, was der andere zu fordern kein Recht hatte. Quia donare voluit, ſagen die Geſetze [3]), und Cocceji fügt ſehr richtig hinzu: non quia debitum naturale fuit; — — sed quia nunc donatum, non ex causa praecedente, sed ex ipsa solutione, quae hic donatio est [4]). Da wo man ſagen kann, daß die Verbindlichkeit an ſich jene Zurückforderung ausſchließt, kommt auch der Irrthum dem Bezahlenden nicht zu Statten. Genug, daß er ſchuldig war. Es wird ſelbſt condictio indebiti dadurch ausgeſchloſſen, die ſich im Irrthume gründet. Sollte ſich die Sache mit den nicht erzwingbaren Verbindlichkeiten eben ſo verhalten: ſo würde folgen, daß, wenn Jemand etwa glaubte, ſeinem Wolthäter eine Anleihe ſchuldig zu ſein, und aus Irrthum bezahlte, dennoch wegen der natürlichen Verbindlichkeit zur Wiedervergeltung, die condictio indebiti wegfalle. Dieß

3) L. 65. §. 2. D. de condict. indebiti.

4) *Sam.* *de* Coccejii *in iure controuerso* Lib. XII. Tit 6. VI. Quaest 5. *Hugo* Donellus Lib. XII. comment. iuris ciuilis cap. 2. §. *Quaesitum est* etc. Tom. II. p. m. 8. Man leſe auch vorzüglich bei dieſer Materie: *Henrici de* Coccejii diss. *de antidoris* in deſſen *exercitationibus curiosis* Lemgoviae 1722. Vol. 2. p. 859. und *Joh. Balthas.* de Wernher diss. *de auctoritate iuris ciuilis circa obligationem naturalem* §. 9.

Dieß wird wol Niemand behaupten wollen [5]), und gleichwol iſt in den Fällen, wo natürliche Verbindlichkeit an ſich die Zurückforderung ausſchließt, auch unter den ebengedachten Umſtänden die Retention und Compenſation ohne Bedenken zuläſſig [6]). Inzwiſchen hat das Römiſche Geſetzbuch in einigen beſondern Fällen den bloßen Liebespflichten die Wirkung beigelegt, daß ſie an ſich ſchon gewiſſer Maßen der Zurückforderung einer, wenn gleich aus Irrthum sine animo donandi geſchehenen Zahlung, im Wege ſtehen [7]). Dieſe beſondern Verordnungen hätte man aber billig als Ausnahmen von der Regel behandeln, nicht auf alle übrigen Pflichten der Art ausdehnen ſollen [8]). Man pflegt endlich im Allge-

meinen

5) *Henr.* de Cocceii in der angeführten Diſſertation Tit. 3. §. 9. *Sam.* de Cocceii in iure controuerso, imgleichen Donell am angeführten Orte nehmen hieraus mit Recht den vorzüglichſten Grund für ihre Meinung her.

6) L. 6. D. *de compensat.* *Henr.* Zoesius *Comment. ad Pandect.* Lib. XII. Tit. VI. n. 6. 7. *Joh.* Robertus Lib. I. *Sentent. iur.* Cap. VI. Bachov de actionib. Diss. IV. th. 16. *Anton.* Schulting Diss. *de obligat. natur.* Cap. IV. in ſeinen Comment. acad. Tom I. pag. 13.

7) L. 32. §. 2. D. de condict. indebiti. Schulting a. a. O. Cap. 6. u. 12.

8) Quod vero quidam omnem ex quacunque tandem pietate, humanitate et misericordia obligationem huc transferunt, vereor, ne sit ἀπροσδιόνυσον; quum causae hae, si solae sint, nil efficiunt aliud,

quam

meinen zwar nicht unbemerkt zu laſſen, daß eine ſogenannte unvollkommene Verbindlichkeit zum öftern durch bürgerliche Geſetze zur Zwangpflicht erhoben werde. Daß aber dieſer Fall ſich nicht immer gleich bleibe, ſondern in mancherlei Verſchiedenheit eintreten könne, daß die Civilgeſetze hier addendo faſt eben die Modificationen beobachten, wornach ſie bei den natürlichen Zwangpflichten detrahendo verfahren, folglich jene Verbindlichkeiten bald durch Klagen, bald aber nur durch Einreden, durch Compenſation und Zurückbehaltung geltend gemacht werden können, dieß alles genau zu entwickeln, und auf die wahren Gründe zurück zu führen, hat man ſich nicht angelegen ſein laſſen.

§. 50.

IV. Von der ſogenannten obligatione naturali haud reprobata.

Die Ordnung führt uns nunmehr viertens zu der natürlichen Verbindlichkeit, welche in Anſehung der gerichtlichen Wirkung durch bürgerliche Geſetze nur ein:

quam ut pietatis gratia *a sciente* praestita frustra repetantur. Huc refero L. 14. §. 7. D. de religios. Aliae, quas adducunt, nil huc faciunt. SCHULTING Cap. VII. pag. 19. In Anſehung der Geſetzſtellen, worauf man ſich vorzüglich zu berufen pflegt, LL. 32. §. 2. 52. und 65. §. 2. D. *de condict. indeb.* beziehe ich mich auf meine Schrift: *de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione* §. 7. p. 44.

eingeſchränkt iſt; Obligatio naturalis *efficax* wird ſie von verſchiedenen genannt [1]), weil ſie doch einigen Effect in foro ciuili hat; von andern aber inefficax [2]), weil ſie nicht völlig wirkſam iſt. Bei den Neuern iſt die Benennung: obligatio naturalis haud reprobata, die gewöhnlichſte [3]). Fragt man nun, in wie fern ſie durch poſitive Geſetze eingeſchränkt ſei? ſo iſt die gewöhnliche Antwort dieſe: „Es findet wegen ſolcher Verbindlichkeiten **gar keine** „**Klage**, wol aber die ganze Summe aller übrigen „gerichtlichen Wirkung Statt. Man kann eine Ein„rede daraus hernehmen, das Zurückbehaltungsrecht „ausüben, die Compenſation vorſchützen, ſich an den „Bürgen, wie auch an die verpfändeten Sachen hal„ten, u. d. m." Solchergeſtalt reducirt ſich alſo das Verhältniß aller natürlichen Verbindlichkeiten in Abſicht der gerichtlichen Wirkung im Ganzen nur auf zwei Fälle: Entweder die Verbindlichkeit iſt durchaus **ohne allen Effect**, oder **nur nicht klagbar**, übri-

 gens

1) *J. O.* Westenberg Diſſert. I. *de cauſis obligationum* Cap. 4. §. 7. 8. Hahn ad Wesenbec. tit. de obligat. et action. N. V. Schulting de naturali obligatione Cap. 4. verglichen mit Cap. 5. im Anfange; woraus deutlich erhellet, daß an der erſten Stelle in der neueſten Ausgabe aus Verſehen die Worte: *aliam efficacem*, ausgelaſſen worden ſind.

2) *Hugo* Donellus Lib. XII. Comment iur. ciuil. Cap. 2. Num. 20. Tom. 2. pag. 6.

3) Hellfeld iurispr. forens. §. 26. Hoepfner elem. iur. ciuil. Heinecc. §. 767.

gens aber völlig wirkſam. Daß in dieſem Lehrſy-ſteme noch manche Lücke vorhanden ſei, iſt leicht zu erweiſen. Unter den übrigen Wirkungen, welche dieſen Verbindlichkeiten noch verbleiben ſollen, ſind einige, die ſich bei der fehlenden Befugniß zu klagen, unmöglich in ihrem ganzen Umfange durchgängig an-nehmen laſſen. Soll wegen einer Verbindlichkeit, die an ſich nicht klagbar iſt, die Verpfändung, und die Bürgſchaft vollgültig ſein: ſo entſteht die Frage: in wie fern der Gläubiger ſich an das Pfand und den Bürgen halten dürfe? Kann er dieß durchgängig in dem ganzen Umfange, wie er ſonſt dazu berechtigt iſt, wenn die Hauptverbindlichkeit völlig wirkſam iſt? Geſetzt alſo, der filius familias, dem ich Geld ange-liehen habe, hat mir eine hypothekariſche Verſchrei-bung ertheilt; oder es hat ſich Jemand für ſeine Schuld bei mir verbürgt, kann ich nunmehr das Pfand, es befinde ſich in meinem, oder in des Schuld-ners, oder eines Dritten Beſitze, ohne weitere Aus-nahme wahrnehmen und **verfolgen**? Kann ich den Bürgen *indistincte* in Anſpruch nehmen? Oder, wenn er ſich etwa nach Verhältniß der Sache des beneficii cedendarum actionum bedienen dürfte, wie bin ich vermögend, dieſer ſeiner Befugniß zu genü-gen, der ich ſelbſt kein Recht zu klagen habe? Wer dieſe Fragen etwa ohne alle Schwierigkeiten finden ſollte, der beurtheile einestheils nicht alle Leſer nach

ſeinen

ſeinen Einſichten, anderntheils aber wird man wenigſtens zugeben, daß es nicht verantwortlich ſei, wenn unſere Lehrbücher und Syſteme hierüber nicht die mindeſte beſtimmte Aufklärung enthalten, ſondern den Grundſatz, daß wegen einer bloß natürlichen nicht klagbaren Verbindlichkeit, die Verpfändung ſowol, als auch die Verbürgung gültig geſchehen könne, in möglichſt allgemeinen Ausdrücken hinwerfen, ohne ſich im geringſten mit einer genauern Entwickelung zu befaſſen. Vorjetzt nicht mehr hievon; das wahre Verhältniß der Sache gehörig auseinander zu ſetzen, wird in der Folge unſere Beſchäftigung ſein. Auſſer den bisher erwähnten Mängeln des gewöhnlichen Lehrbegriffs zeichnen ſich aber zwei noch ganz beſonders aus, indem ſie auf unſer Rechtsſyſtem im Ganzen einen beträchtlichen Einfluß haben. Von dieſen daher ſogleich mit Mehrerm.

§. 51.

V. Es genügt nicht, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung nur zum Theil eingeſchränkt worden iſt, bloß dahin beſtimmt wird, daß die Geſetze deshalb gar keine Klage, wol aber die übrigen Effecte zulaſſen.

Es giebt allerdings verſchiedene Fälle, wo Jemand nach natürlichen Rechten vollkommen ſchuldig

iſt, einem andern etwas zu leiſten, ſeine Verbindlichkeit auch im Gerichte nicht ganz unwirkſam, ſondern nur gewiſſermaßen eingeſchränkt iſt, dergeſtalt, daß der Gläubiger nicht durchgängig diejenigen Mittel gebrauchen darf, welche der Regel nach, um ein vollkommenes Recht geltend zu machen, Statt finden. Denken wir uns nun auf der einen Seite die ganze Summe dieſer gerichtlichen Wirkungen, ſo werden wir auch auf der andern Seite ſehr leicht einſehen, daß die Einſchränkung derſelben ſehr verſchiedener Art ſein könne. Jede Befugniß, wenn ſie in einem wirklichen Zwangsrecht beſtehet, berechtigt uns 1) unſere Forderung vermittelſt einer Klage zu verfolgen, und zwar ſo, daß wir 2) gänzlich, ohne Abzug, auch 3) zur gehörigen, durch Vertrag, oder Geſetz beſtimmten Zeit befriedigt werden. Der Schuldner muß auch 4) gerade das leiſten, was ihm wirklich obliegt, nicht, wie man ſagt, aliud pro alio. Der Gläubiger iſt aber berechtigt, 5) ſeine Schuld mit ſeiner Forderung zu compenſiren, 6) ſich an die Bürgen und Pfänder zu halten. 7) Was der Schuldner bezahlt, wird ein wirkliches Eigenthum des Gläubigers, daher auch jener die Einmal geleiſtete Zahlung nicht wieder zurückfordern kann; vielmehr darf der Gläubiger, 8) wenn der Schuldner etwa wider ihn klagend auftreten ſollte, ſeinen Anſpruch theils durch die Widerklage verfolgen, theils durch vorgeſchützte

ſchützte Einreden decken. Gleichwie alſo die Rechte des Gläubigers, und die Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit mancherlei ſind, ſo laſſen ſich auch natürlicher Weiſe hier eben ſo viele Einſchränkungen denken, als es Fälle geben kann, und wirklich giebt, wo bald die eine, bald die andere Wirkung durch bürgerliche Vorſchrift entweder ganz oder nur zum Theil entfernt iſt. Gehen wir nun die bürgerlichen Geſetze durch, ſo zeigt ſich auch dieſe Verſchiedenheit wirklich. Bald iſt wegen einer natürlichen Verbindlichkeit die **alleinige** Klage **durchaus** unzuläſſig, bald nur **in gewiſſer Hinſicht**, ſo, daß z. B. nicht die **ganze Schuld**, wol aber ein Theil davon, eingeklagt werden kann; bald muß der Gläubiger aliud pro alio annehmen, bald darf er auf den ordentlichen Zahlungstermin nicht beſtehen, ſondern muß dem Schuldner Nachſicht gönnen; u. d. m. Daß alſo die Lehre, welche die ganze **Einſchränkung** des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten lediglich dadurch beſtimmt, daß nur die Klage **gänzlich** wegfalle, alle übrige Wirkungen aber fortdaurend blieben, daß dieſe Lehre offenbar unzulänglich ſei, fällt in die Augen. Schon was **Paullus** [1]) und **Julian** [2]) faſt mit gleichen Worten an

 gemerkt

1) L. 10. D. de O. et A. Glück Erläuter. der Pandekt. §. 26. n. 24.

2) L. 16. §. 4. D. *de fideiuss.* GOTHOFREDUS, imglei: chen

gemerkt haben: Naturales obligationes non eo ſolo aeſtimantur, ſi actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, ſi ſoluta pecunia repeti non poſſit, macht jene Theorie bedenklich; und wir finden ſie vollends unzutreffend, wenn wir erwägen, 1) daß ſogar gegen einen Pupillen, welcher ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hat, die Klage nicht durchaus unzuläſſig iſt, ſondern, daß er bekanntlich belangt werden kann, in ſo fern er durch den Handel reicher geworden iſt. *Naturaliter* tamen, ſo lauten die Worte des **Ulpian** [3]), obligatur, in quan-

chen Hotomannus Lib. III. obſeruat. cap. 2. ſind der Meinung, daß in beiden angeführten Geſetzen: actio *non competit*, zu leſen ſei. Dieß verwirft Jauch Meditat. crit. *de negationib. Pandect.* cap. 14. n. 19. Ein ſolcher Mißbrauch der Kritik iſt freilich der kürzeſte Weg, aus aller Verlegenheit zu kommen. Wer denkt aber hiebei nicht an die Regel: Ad emendationem textus non confugiat criticus, niſi vel ex codicibus manuſcriptis ſeu antiquis editionibus, vel ex lectionis, quam emendat, manifeſta abſurditate aut obſcuritate adpareat, locum emendandum in mendo cubare. *Dan.* Nettelbladt *Syſtem. elem. iuriſpr. gener.* §. 229. Mehr von den angeführten Geſetzen in der folgenden Note.

3) L. 5. pr. D. *de auctoritate tutorum.* Deſſen ungeachtet ſchreibt Pomeresch Diſs. de naturali obligat. thes. 22.: Pupillus locupletior factus non tam naturaliter obligatur, quam ciuiliter. Anders urtheilt Neller in Diſs. eiusd. argum. §. 10. verb.: Quaedam obligationes naturales actionem producunt; verba

quantum locupletior factus est; hinc in pupillum non tantum tutori, verum cuiuis *actionem in quantum locupletior factus est*, dandam esse, D. Pius rescripsit; daß ferner 2) in verſchiedenen Fällen dem Schuldner die Rechtswolthat ertheilet worden iſt, nur **in ſo fern**, als es ſein ſtandesmäßiger Unterhalt zuläßt — in quantum facere potest, belangt werden

verba enim L. 10. D. de O. et A. *naturalis obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit* — manifeste supponunt, ex *aliquibus obligationibus naturalibus actionem competere*. Sic. v. g. contra pupillum actio locum habet, in quantum locupletior existit. Auch *Tim.* Faber Diss. VIII. ad Institut. §. 12. ſucht die angeführten LL. 10. D. de O. et A. und 16. §. 4. de fideiuss. mit der Verbindlichkeit des Pupillen, und der daher entſpringenden Klage zu erläutern. Mihi, ſchreibt er, probabilius semper visum L. 10. de obl. et act. et L. 16. §. 4. de fideiussor. de huiusmodi genere obligationis naturalis accipiendas esse. Satis enim in §. 4. cit. L. 16. se explicat Iureconsultus, atque indicat, non de aliis obligationibus se agere, quam ex quibus abusiue debitores constitui dicantur, et debitum nisi improprie recipi; quod in obligationibus iuris gentium, quae iure ciuili probatae sunt, neutiquam locum habet. Weiter iſt hiebey nachzuſehen: *Euerh.* Balck Elect. iur. Lib. 1. cap. 21. 22. 23., welcher die Frage unterſucht: quatenus obligatio naturalis actionem producat; und L. 10. de O. et A. dahin erklärt: non loqui Paullum de tali tantum obligatione, qualis est in pupillo locupletiore facto, sed de obligatione naturali, adiecto a iure ciuile medio actionis et exceptionis.

zu können [4]). Iſt er aber darum weniger natürlich verbunden, **das Ganze** zu bezahlen? Ich denke nicht. Geſetzt alſo, er bezahlt ſeine ganze Schuld, weil er glaubt, daß ſein Unterhalt dadurch nicht leiden werde, ſollte er wol, wenn er hierin geirret hätte, die Zurückforderung mit gutem Erfolge anſtellen können? **Ulpian** entſcheidet die Frage? [5]): Et maritus, quum nil facere poſſit, ſi dotem ſoluerit, in ea causa eſt, ut repetere non poſſit. Hier iſt alſo, wie ein Jeder ſiehet, eine natürliche, in Anſehung des gerichtlichen Effects eingeſchränkte Verbindlichkeit vorhanden, wobei jedoch das Recht zu klagen nicht **gänzlich wegfällt**, ſondern nur **gewiſſer Maßen limitirt** iſt. Dieß mag vorläufig zur Beſtreitung des gewöhnlichen Lehrbegriffs in dieſer Hinſicht genügen. Mehrere Arten ſolcher Limitationen der Rechte des Gläubigers, und der Wirkung natürlich vollkommener Verbindlichkeiten, werden ſich unten finden.

§. 52.

VI. Es nicht zu billigen, daß in verſchiedenen Rechtsmaterien, welche unſtreitig hieher gehören, die natürliche Verbindlichkeit und deren

4) L. 16. bis 24. incl. D. *de re iudicata.* *Joh. Aug.* Hellfeld Diſs. de *beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure*, in opuſc. Num. 25.

5) L 9. D. *de condict. indeb.*

ren Verhältniß in foro ciuili gar nicht unterſucht, ſondern gewöhnlich übergangen wird.

Eben daher, weil man dieſe Materie bisher ſo einſeitig behandelt hat, iſt es geſchehen, daß in ſehr vielen Fällen, wo natürliche Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung allerdings in Betrachtung zu ziehen iſt, gewöhnlich gar nicht weiter daran gedacht, ſondern dieſer wichtige Gegenſtand mit Stillſchweigen übergangen wird, grade als ob die Geldanleihe eines filii familias, die Bürgſchaft der Frauensperſonen und das pactum nudum, die einzigen Geſchäfte wären, bei denen davon die Rede ſein könnte. Man verſuche einmal, die Syſteme und Handbücher des bürgerlichen Rechts um Rath zu fragen, was in Anſehung der natürlichen Verbindlichkeit Rechtens ſei, wenn eine Schuld verjähret worden, — wenn eine Ceſſion wider das Anaſtaſianiſche Geſetz geſchehen iſt, — wenn der Vormund, welcher Schuldner oder Gläubiger des Minderjährigen war, ohne ſolches anzuzeigen, die Tutel übernommen, und ſich dadurch den Verluſt ſeiner Zuſtändniſſe nach bürgerlichen Rechten zugezogen — wenn der Gläubiger wegen gemißbrauchter Selbſthülfe ex edicto diui Marci ſein Recht eingebüßt hat — wenn der Schuldner vermöge L. 2. C. *ne liceat potent.* von den bisherigen Anſprüchen befreiet

freiet worden iſt, — u. d. m. Bleibt in dieſen Fällen die natürliche Verbindlichkeit an ſich fortdaurend? Findet alſo, wenn der Schuldner aus Irrthum bezahlet hätte, eine Zurückforderung Statt? Hält man dieß nicht dafür: ſo fragt ſich ferner: was in Anſehung der übrigen Effecte zu behaupten ſei, welche man da, wo condictio indebiti wegfällt, der natürlichen Verbindlichkeit beizulegen pflegt? — Findet man nun in allen dieſen Fällen, der natürlichen Verbindlichkeit kaum mit einem Worte erwähnt, noch weniger das Verhältniß und die Wirkung derſelben hinreichend aus einander geſetzt, ſo glaube ich nunmehr ſo viel dargelegt zu haben, daß der gewöhnliche Vortrag dieſer Materie überall unvollſtändig, und zweckwidrig, folglich eine genauere Entwickelung der Sache nach allen dabei eintretenden Verhältniſſen durchaus erforderlich ſei.

Zweiter Abſchnitt.

Vorbereitung
zu einer vollſtändigen Theorie,
durch genaue Beſtimmung des Begriffs
der natürlichen Verbindlichkeit
nach allgemeinen und beſondern Verhältniſſen.

§. 53.

Natürliche Verbindlichkeit im weiteſten Sinne.

Die natürliche Verbindlichkeit, wovon wir bereits in der vorläufigen Berichtigung (§. 4.) den allgemeinen Begriff angegeben haben, läßt ſich vorzüglich in einer dreifachen Rückſicht betrachten. **Erſtlich** überhaupt, im weiteſten Sinne, wenn wir darunter eine jede in den Vorſchriften des Naturrechts ſchon gegründete Pflicht begreifen [1]); **zweitens** in Rückſicht auf den bürgerlichen Zuſtand, wenn wir unterſuchen, welche Pflichten die Glieder eines Staats als natürliche Verbindlichkeiten anerkennen müſſen; **drittens** in Anſehung des gerichtlichen Effects, wenn die Frage entſteht: in wie fern eine wirklich vorhandene natürliche Verbindlichkeit in

1) In dieſer allgemeinen Bedeutung ſagt **Paullus** L. 84. D. de Regul. iur.: Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus.

in foro ciuili verfolgt werden könne? Natürliche Verbindlichkeiten in der erſtern Bedeutung, welche ſich auf keinen beſondern Zuſtand des Menſchen allein einſchränkt, aber auch keinen ausſchließt, ſind es, welche a) dem Menſchen ohne Rückſicht auf den geſellſchaftlichen Zuſtand obliegen, oder b) aus dem Weſen irgend eines Zuſtandes, worin der Menſch ſich nur immer befinden mag, herfließen. Eine jede Handlung alſo, welche in irgend einem Verhältniſſe des Menſchen vermöge des abſoluten oder hypothetiſchen Naturrechts verbindlich iſt, bringt in dieſem Verſtande eine natürliche Verbindlichkeit hervor; **ob ſie gleich unter andern Verhältniſſen, und ſobald wir einen beſondern Zuſtand des Menſchen zum alleinigen Gegenſtand unſerer Betrachtung nehmen, dieſe Wirkung ganz verlieren, nicht nur unverbindlich, ſondern gar unerlaubt werden kann.** Da z. B. nach dem Naturrechte an ſich unverbothen, folglich erlaubt und rechtsverbindlich ſind a) die Heirathen unter den nächſten Anverwandten [2]), b) die Polygamie [3]), c) die ſogenannten Glücks- oder

2) *Hugo* Grotius I. B. et P. Lib. 2. cap. 5. §. 12. sequ. *Phil.* Ram Diss. *de incestu.* Trai ad Rhen. 1774. in Oelrichs *collect. Diss. iur. nat. et gent. in acad. belg. hab.* Bremae 1777. p. 73. sequ.

3) Augustinus *de doctrina Christiana* Lib. 3. cap. 12. verb.:

oder Hazardſpiele [4]); ferner auch d) die Zinſen, welche das bürgerliche Verboth überſchreiten, an und für ſich betrachtet dem Naturrechte noch nicht zuwiderlaufen [5]), ſo irret man keinesweges, wenn man in allen dieſen Fällen eine natürliche Verbindlichkeit nach der allgemeinen Hinſicht, wovon jetzt die Rede iſt, behauptet. Dem Menſchen als Menſchen ſteht unſtreitig die Befugniß zu, erwähnte Verbindungen einzugehen; er wird alſo obligirt, zu erfüllen, was er zu verſprechen berechtigt war. — Gleichwie man aber ſeinen Rechten und Zuſtändniſſen ſowol ausdrücklich, als auch ſtillſchweigend entſagen kann, ſo folget natürlich, wenn wir uns den Menſchen in ſolchen Verhältniſſen gedenken, welche jene urſprüngliche Freiheit aufhörend machen, daß ſodann auch jede Handlung, und Verbindung, welche nunmehr ſeiner Willkühr und Diſpoſition gänzlich entzogen iſt, keinesweges die Wirkung mehr haben könne, welche ſie außer dieſem Zuſtande hervorgebracht haben würde.

§. 54.

Natürliche Verbindlichkeit im bürgerlichen Zuſtande.

Unter

verb.: *Erat uxorum plurium simul uni viro habendarum inculpabilis consuetudo.*

4) Hellfeld iurisprud. forens. §. 757.

5) *Gerard* Noodt *de foenore et usuris* Lib. I. c. 4. in oper. omn. Colon. 1732. Tom. I. p. 158.

Unter allen hypothetiſchen Verhältniſſen, worin wir uns den Menſchen denken können, iſt unſtreitig die bürgerliche Geſellſchaft das merkwürdigſte. Sie unterſcheidet ſich von allen übrigen Verbindungen durch ihren weſentlichen Zweck, d. i. — Sicherheit und möglichſt erleichterte Ausübung aller vollkommenen Rechte¹) —. Natur und Abſicht dieſer Geſellſchaft geben der Summe von Rechten und Verbindlichkeiten ihrer Mitglieder, eine ganz andere Richtung. Entſtehen auf der einen Seite aus dem Weſen ſolcher Vereinbarung manche Befugniſſe und Obliegenheiten, welche außer derſelben natürlich wegfallen, ſo erfordert auch auf der andern Seite ihr Zweck ſehr oft, daß Dinge, die dem Menſchen als Menſchen frei ſtanden, folglich Rechte und Verbindlichkeiten veranlaſſen konnten, nunmehr gänzlich ſeiner Willkühr und Befugniß entnommen werden müſſen, mithin auch keine Quelle derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten mehr ſein können, welche außer dieſem Zuſtande daraus erwachſen würden. Sobald wir uns ferner einen Staat gedenken, ſo iſt dem Weſen deſſelben, mithin der Natur, und geſunden Vernunft nichts angemeſſener, als daß den Vorſchriften des

1) J. G. E. **Maaß** über Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, und die bürgerlichen insbeſondere; Halle 1794. Th. I. Cap. 15. *Car. Christian* Kohlschütter comment. de fine societatis ciuilis. Vitembergae 1793. **Klüber** kl. juriſt. Biblioth. XXV. 105.

des bürgerlichen Geſetzgebers von denen, quibus gloria obedientiae relicta est, vollkommen gehorchet werde [2]. Geſetzt nun, dieſe oder jene, nach dem abſoluten Naturrechte erlaubte einſeitige Handlung, die Schließung eines an ſich eben ſo erlaubten Vertrags, wird von dem bürgerlichen Geſetzgeber durchaus verbothen, wer wollte es wagen, zu behaupten, daß aus ſolchen, nunmehr ganz unerlaubten Handlungen dennoch eine natürliche Befugniß und Verbindlichkeit der Staatsbürger fortdaure? Die im vorigen §. angeführten Beiſpiele mögen auch hier zur Erläuterung dienen. Gern will ich es zugeben, daß die Ehe unter nahen Blutsfreunden, die Polygamie, der bürgerlich verbothene Zinswucher, die Hazardſpiele u. m. d., den Geſetzen der Natur an ſich nicht zuwider ſind. Sobald aber der verbiethende Wille des Regenten ſich ihnen entgegen ſtellet, ſo läßt ſich auch nicht weiter annehmen, daß daraus noch eine natürliche Verbindlichkeit des Bürgers Statt finde. Denn iſt dieſer einestheils nach den Vorſchriften des Vernunftrechts verbunden, den Geſetzen des Staats, deſſen Mitglied er iſt, zu gehorchen, ſo läßt ſich auch anderntheils ohne offenbaren

2) Quoniam eo ipso, quo subditi in imperium imperantis consensere, generaliter obedientiam in omnibus illis promisisse videntur, quae ad salutem publicam iubet, ac consituit. *Just. Henning* Boehmer iur. publ. uniuers. Lib. 2. c. 3. §. 14. not. u.

ren Widerſpruch keine natürliche Verbindlichkeit gra-
dezu **wider** ſolche Geſetze behaupten [3]). Ueber
das

3) L. 35. §. 1. D. de V. O. L. 61. eod. L. 5. C. de pact. conuent. Frommann *de obligat. naturali* §. 48. sequ. in den Worten: Licentia imperantibus est, subditis facultatem faciendi, quod iuris naturalis permissiui est, adimere, ita ut hac facta ademtione eiusmodi personae a subiecto obligationis naturalis remouendae veniant. Etenim ad omnem constituendam obligationem duo principia, *voluntas* scilicet, et *potestas* requiruntur, quorum unum si defecerit, *nulla nasci obligatio potest.* Et ideo licet in personis huiusmodi voluntas esse obligandi adsit, quum tamen *facultatem hoc faciendi* ius ciuile ipsis ademerit, obligatio illa nullius est effectus —. Immo (§. 73.) ne quidem contra conscientiam peccat debitor, qui tali obligationi, etiam quum possit, non satisfacit. *Anton* Schulting Diss. *de naturali obligatione* Cap. 3. pag. 12. verb.: Quum saecularis legislator totum negotium pro infecto habere queat, quumque illi, tamquam Dei ministro, obedientes nos esse oporteat, etiam propter conscientiam, Rom. XIII, modo fraus malitiaque, quas leges non praesumunt, exulet, nulla, nisi in statu naturali, quem non pauci, veteres etiam, cum iure naturali confundunt, hominisue religiosi animo obligatio reperitur, cuius nullum in iure ciuili extat vestigium, nulla ratio habetur. Sic transactio super alimentis propria auctoritate celebrata perinde habetur, ac si nil fuerit actum. *Joh. Phil.* Slevogt Diss. *de obligatione naturali ex conuentione turpi.* Jenae 1681. Uebrigens haben unſere Civiliſten vorlängſt über die Frage geſtritten: An lex ciuilis possit impedire ortum naturalis obligationis? *Anton.* Merenda controuers. iur. Lib. 1. c. 9. citirt eine
Menge

das Daſein oder Nichtdaſein einer natürlichen Verbindlichkeit iſt daher in gegebenen Fällen nicht füglich ein richtiges Urtheil zu treffen, wenn nicht zuvörderſt beſtimmt wird, ob von dem Menſchen als Menſchen, oder von dem Mitgliede einer gewiſſen Republik, dem Bürger und Unterthanen, die Rede ſei? Freilich die allgemeinen Vorſchriften des abſoluten Naturrechts: Beleidige Niemanden, halte deine Verträge, laß einem Jeden das Seine ungeſtört, behaupten in allen Verhältniſſen, worin wir

L uns

Menge Rechtsgelehrten, welche an dieſem Streite Theil genommen haben. Schon **Baldus** und **Bartolus** befanden ſich mit darunter. Die Theologen glaubten ex capite conſcientiae ein Wort mit einreden zu müſſen. Dadurch gewann die Sache großes Intereſſe. Wenn der Gegenſtand der Frage gehörig beſtimmt wird, iſt der ganze Streit ſehr bald geſchlichtet. Was der angeführte **Frommann** hier ſehr richtig über die Sache urtheilt, ſtimmt freilich mit einer andern Behauptung deſſelben, die ich §. 48. angeführt habe, nicht füglich überein. Unter andern läßt ſich auch hieraus abnehmen, in wiefern die Behauptung derjenigen gegründet ſei, welche den Concubinat, ob ihn gleich unſere Geſetze durchaus verbieten, dennoch für keine Sünde gehalten wiſſen wollen, indem weder das Naturrecht, noch die heilige Schrift dieſer Verbindung entgegen ſind. Iſt es denn nicht etwa auch ein Naturgeſetz, und beſiehlt nicht ſelbſt die Bibel, daß wir der Obrigkeit, die Gewalt über uns hat, gehorchen, und der bürgerlichen Ordnung uns conformiren ſollen? Alles alſo, was wider dieſe Ordnung angeht, und Uebertretung der bürgerlichen Geſetze ausmacht, iſt auch eben dadurch wahre Uebertretung des Naturrechts, und der heiligen Schrift.

uns den Menſchen denken mögen, in einer jeden Societät, welche Menſchen errichtet haben, oder errichten können, ihre ungezweifelte Gültigkeit; es giebt nur wenige Fälle, wo eintretende Colliſion zum Theil davon Ausnahmen rechtfertigt. Allein, die Anwendung jener Grundſätze iſt natürlich den Veränderungen unterworfen, welche der beſondere Zuſtand des Menſchen, und zwar vorzüglich der bürgerliche, mit ſich bringt. Nie wird das Reſultat dieſer Anwendung treffend, und richtig ſein, wenn nicht vorher außer Streit geſetzt worden iſt, ob dasjenige, was im auſſergeſellſchaftlichen Zuſtande Eigenthum des Menſchen war, ad το suum gehörte, wie die Schule ſich ausdruckt, ob dieſes auch noch ad το suum des Bürgers zu rechnen ſei, von ſeiner Willkühr abhange, und ob die nämliche Handlung, welche dem Menſchen, als Menſchen, frei ſtand, auch eben ſo dem Mitgliede der bürgerlichen Societät erlaubt, und endlich ein Unternehmen, welches im natürlichen Zuſtande den Rechten Anderer entgegen ſein würde, in der bürgerlichen Geſellſchaft von der nämlichen Beſchaffenheit ſei? Aus allem bisher Angeführten ergiebt ſich nunmehr **zweitens** ein etwas engerer Umfang der natürlichen Verbindlichkeit, wenn wir ſolche nur auf diejenigen Pflichten einſchränken, welche dem Menſchen in der bürgerlichen Societät wirklich obliegen. Nach der oben be-

reits

reits angemerkten doppelten Hinſicht, gehören hieher 1) die Verbindlichkeiten des Menſchen, als Menſchen betrachtet, kurz alle natürlichen Verbindlichkeiten im weitern Sinne des Worts, in wiefern keine poſitive Anordnungen ihrer Fortdauer entgegen ſind; 2) alle durch den bürgerlichen Zuſtand an ſich gewirkten, und aus dem Weſen deſſelben entſtehenden neuen Verbindlichkeiten, welche außer dieſem Zuſtande gar nicht vorhanden ſein würden; beſonders auch 3) die Verbindlichkeit der Staatsbürger, und Aller, die unter dem Geſetze der Geſellſchaft ſtehen, den Vorſchriften ihrer poſitiven Geſetze Folge zu leiſten. Dieſer Punkt bedarf aber noch einer nähern Erläuterung, um ihn richtig einzuſehen, und alle Mißdeutung zu vermeiden. Aus dem an ſich wahren und richtigen Grundſatze, daß die Mitglieder eines Staats natürlich verbunden ſind, den Vorſchriften der Civilgeſetze gemäß zu leben, haben einige Gelehrte behauptet, daß in der That alle und jede Verbindlichkeiten der Mitglieder des Staats als eben ſo viele natürliche Verbindlichkeiten anzuſehen wären [4]). Sie haben in einigem Betrachte nicht unrecht. Wenn man aber daraus folgern wollte,

4) *Tim.* Faber Dissert. XXII. ad Institut. §. 2. führt aus mehrern Schriften anderer Rechtslehrer den Satz an: Dari nonniſi unicam, ſcilicet naturalem obligationem, quaſi ciuilis, quae dicitur, nil niſi qualitas iſtius cenſeatur.

daß die Eintheilung in natürliche und bürgerliche Verbindlichkeiten, darum ohne Nutzen ſei, oder wol gar wegfalle: ſo wäre freilich der Irrthum ſehr auffallend. Denn da alle Verbindlichkeiten aus Geſetzen herzuleiten ſind: ſo bleibt es doch immer ein weſentlicher Unterſchied, ob in gegebenen Fällen die Geſetze der geſunden Vernunft allein ſchon genügen, um mittelſt Anwendung derſelben auf die vorkommende Handlung eine Zwangspflicht zu behaupten, oder ob wir die Regel unſerer Handlungen, welche die Verbindlichkeit beſtimmen ſoll, erſt mittelſt der Erfahrung aus poſitiver Sanction hernehmen müſſen. Jene an ſich ſchon natürliche Verbindlichkeit geht vielfältig weiter, als das bürgerliche Geſetz; dahingegen im zweiten Falle Recht und Pflicht lediglich von der poſitiven Vorſchrift abhangen. In Vorausſetzung eines gültigen poſitiven Geſetzes iſt es freilich auch eine natürliche Pflicht, dieſem Geſetze zu gehorchen. Allein, ſobald von eigentlich bürgerlichen Inſtituten die Rede iſt, läßt ſich auch in dieſem Betrachte ſelbſt eine natürliche Verbindlichkeit an ſich nicht weiter annehmen, als der Inhalt des Geſetzes mit ſich bringt. Dieſer Satz, welcher ſo klar iſt, daß es faſt überflüſſig ſcheint, ihn hier beſonders anzuführen, leitet uns auf wichtige Folgen, welche die Gelehrten nicht immer beachtet haben: und wovon wir vorläufig nur einige bemerken wollen.

Da

Da 1) der Erbe nach bürgerlichen Rechten ſchuldig iſt, die Vermächtniſſe zu bezahlen, jedoch nur ſo weit, daß er wenigſtens den vierten Theil der Erbſchaft ungekürzt behalte: ſo iſt es ſonderbar, wenn ältere und neuere Juriſten behaupten, er ſei **natürlich** verbunden, die Legata ohne allen Abzug ganz zu entrichten [5]), da doch das Teſtament, mit allen daraus entſtehenden Rechten und Verbindlichkeiten, ein institutum ciuile iſt, und folglich auch **keinen natürlichen Effect** weiter haben kann, als das Civilrecht ihm beigeleget hat [6]). 2) Alle Verbindlichkeiten, die das poſitive Recht erſt eingeführt hat,

5) *Ant.* Schulting de obligat. natur. cap. 13. *J. O.* Westenberg Diss. 1. de caus. obligat. cap. 4. §. 13.

6) Es iſt freilich unter Rechtsgelehrten und Philoſophen immer noch eine beſtrittene Frage: ob die Teſtamente auch nach dem Naturrecht zu den gültigen Diſpoſitionen über das Seine gehören? Ueberzeugende Gründe des Zwangsrechts giebt es für die bejahende Meinung gar nicht. Inzwiſchen hat man ſie neuerer Zeit wieder zu vertheidigen geſucht. Beſonders iſt ſie von **Heydenreich** in den Originalideen über die intereſſanteſten Gegenſtände der Philoſophie 1. B. in Schutz genommen worden. Dagegen ſind aber **Schmalz**, über den natürlichen Grund der Erbfolge, in den Annalen der Rechte des Menſchen und des Bürgers, 2. Heft; auch J. G. E. **Maaß** über Rechte und Verbindlichkeiten Cap. 12. weiter nachzuſehen. Auch **Heydenreich** hat ſeine vorige Theorie wieder aufgegeben, und die Gültigkeit der Teſtamente nach dem Naturrechte beſtritten. cf. Deſſen Abhandlung über die Gültigkeit der Teſtamente, (außer der bürgerlichen Geſellſchaft. II.) im Staate in den Annalen der Philoſophie ꝛc. May 1795 p. 153.

gehen auch an ſich nicht weiter, als der gerichtliche Effect derſelben Statt findet: dahingegen die natürliche Verbindlichkeit, welche auch ohne poſitive Vorſchrift vorhanden ſein würde, dadurch ſelbſt nicht aufhört, daß ſie *in foro civili* nicht wirkſam iſt. Wenn daher der Geſetzgeber ordnet, daß künftig wegen einer gewiſſen bürgerlichen Obligation nicht weiter geklagt werden ſolle, ſo iſt dieß eben ſo viel, als wenn er die Verbindlichkeit ſelbſt aufhebt; ordnet er aber ſolches von einer natürlichen Verbindlichkeit: ſo bleibt dieſe an ſich fortdaurend. Dieſe wird auch 3) durch die Verjährung nicht aufgehoben, hingegen alle Verbindlichkeiten, welche eigentlich in der bürgerlichen Legislation ihren Grund haben, werden durch den Ablauf der geſetzlichen Zeit gänzlich getilgt, ſo, daß auch keine natürliche Verbindlichkeit weiter nachbleibt. 4) Wenn die Civilgeſetze einer natürlich verbindlichen Handlung gewiſſe Feierlichkeiten vorſchreiben, unter welchen ſie rechtsbeſtändig einzugehen, ſo läßt ſich in allen Fällen, wo dieſe Solennitäten außer Acht gelaſſen worden ſind, noch nicht behaupten, daß keine natürliche Verbindlichkeit aus der Handlung weiter Statt finde; wir werden vielmehr in der Folge oft das Gegentheil wahrnehmen. Ein bürgerliches Inſtitut hingegen iſt durchaus unverbindlich, ſobald die vorgeſchriebenen Feierlichkeiten nicht beobachtet ſind; und es iſt höchſt

irrig,

irrig, wenn man in ſolchen Fällen wenigſtens immer noch eine natürliche Verbindlichkeit behaupten will. Geſezt, ein Vermächtniß ſei ungültig gemacht, oder ein Teſtamentserbe nichtig eingeſezet, ſo iſt im erſten Fall kein Erbe, und im zweiten kein geſezlicher Nachfolger natürlich verbunden, eine Diſpoſition des Verſtorbenen, welche vermöge des Naturrechts an ſich nicht verbindet, hingegen nach Vorſchrift des Civilrechts ungültig iſt, zu erfüllen [7].

7) Heres enim non defuncto sed legi hereditatem debet, quam adimendi quidem, aut per legata et fideicommissa delibandi facultatem cuilibet patri familias, sanae mentis homini, lex dedit; verum *non alia ratione, quam voluntate legibus conformi*; ita ut si semel per testamentum aliquem successorem nominauerit, is ex lege talis maneat, etiamsi in posteriori testamento, sed imperfecto, vel alia qualibet voluntate imperfecta, utut alias pro seria habeatur, declarauerit, se nolle eum heredem esse; unde nulli dubitamus, quin si per errorem facti soluerint, id repetere possint, argum. L. 53. D. *de reg. iur.* Frommann de obligat. natur. §. 18. Eben ſo urtheilt Schulting c. l. cap. 12. verb.: Vexatissima est quaestio, an heres in foro conscientiae ultimam voluntatem minus solemnem implere teneatur? quod regulariter negandum puto. Nec enim defunctus aliter ac leges, quas sciuit, saltem scire debuit, permittunt, voluisse potuit; imgleichen *Ulr.* Huber Digress. Iustin. Lib. 3. cap. 34. 35. etc. etc. Mehr von dem Unterſchiede zwiſchen der natürlichen, und poſitiven Verbindlichkeit, welches man allenfalls bei Nettelbladt System. elem. iurispr. germ. comm. general. §. 155. Lyncker comment. in

§. 55.
Natürliche Verbindlichkeit im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts.

Vorausgeſetzt nun auch, daß das wirkliche Daſein einer ſolchen Verbindlichkeit nicht weiter zu bezweifeln iſt, ſo entſteht doch wiederum eine andere Frage, deren Auflöſung uns zu der dritten Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts, vorzüglich des Römiſchen, führen wird. Iſt die vorhandene natürliche Zwangspflicht in Gerichten völlig wirkſam? Daß dieſe Frage der Regel nach bejahet werden müſſe, haben wir bereits oben §. 44. sequ. gezeigt. Inzwiſchen giebt es verſchiedene Fälle, wo der Geſetzgeber es rathſam gefunden hat, die Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit in gewiſſer Hinſicht mehr dem innern Gefühle des Rechten und Anſtändigen zu überlaſſen, als einen äußern Zwang deshalb zu geſtatten. Mehrere Urſachen können hiezu Anlaß geben [1]). Iſt auf der einen Seite dem gemeinen Weſen daran gelegen, daß ein Jeder zur Erlangung ſeines Rechts mit Nachdruck geholfen werde,

in ius ciu. Lib. I. Tit. I. §. 49. 56. 57 *G. A.* Struv. Syntagm. iur. ciu. exercit. I. §. 59. *J.* Voet comment. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 6. §. 1. und Hellfeld iurisprud. forens. §. 1188. nachleſen kann, übergehe ich hier mit Fleiß, da es eigentlich zu meinem Zweck nicht gehört.

1) *Hugo* Donellus *Comment. iur. ciuil.* XII.ª 2. Frommann *de obl. nat.* §. 35.

werde, ſo erfordert es auch auf der andern Seite der Endzweck des Staats, daß ein Jeder gegen ungerechte Anmaßung ſeines Mitbürgers möglichſt in Sicherheit geſetzt werde. Hiemit aber würde es ſchon nicht beſtehen, wenn die Zuläſſigkeit gerichtlicher Klagen ins Unendliche fortgienge, und dem vermeintlichen Gläubiger frei ſtünde, ſolche nach Gutbefinden zu verſchieben, und zu einer jeden ihm beliebigen Zeit damit hervorzugehen. Daher zuvörderſt die nützliche Anordnung des bürgerlichen Rechts, welche allen Klagen eine gewiſſe Zeit beſtimmet, nach deren Abfluß ſie nicht weiter Statt finden [2]). Giebt es Fälle, wo zwiſchen dem Gläubiger, und dem Schuldner ein ſolches bürgerliches Verhältniß obwaltet, vermöge deſſen die Civilgerichte den Erſtern nicht füg-

2) Leyser spec. 454. med. 1. beſtärkt dieß mit folgenden Worten des berühmten Leibniz: Poteſt in ea dilatione esse non tantum culpa, sed et *dolus*, dum unus praesidia actionis suae diligenter seruat, ea spe, se, suosque aliquando posse in aduersarium aut eius heredes vel successores utilius agere, cum post multas mortes, rerumque conuersiones siue neglectu eius, cuius usus non satis intelligebatur, siue ipsa rerum humanarum labilitate, perierint ipsis praesidia exceptionum. Mehr inzwiſchen, als daß es nützlich, ja gewiſſermaßen nothwendig ſei, daß die **Verjährung durch bürgerliche Geſetze** angeordnet werde, möchte ich hieraus nicht folgern. Daß ſie aber ſchon ſelbſt nach dem Naturrechte Statt finden ſollte, iſt und bleibt in alle Wege unerweißlich. **Hoepfner** Naturr. §. 110.

lich im Wege Rechtens unterſtützen können, ſo finden wir darin den zweiten Grund der gerichtlichen Unwirkſamkeit natürlicher Verbindlichkeiten [3]). Drittens, ein jedes Verſprechen, welches mit Ernſt und Ueberlegung geſchehen, und von der andern Seite acceptirt iſt, wirkt freilich vollkommene Schuldigkeit, es zu erfüllen; um aber Unvorſichtigkeit, Uebereilung, und Leichtſinn ſo viel als möglich von rechtlichen Handlungen zu entfernen, haben die Civilgeſetze in verſchiedenen Fällen die Bündigkeit eines Vertrags oder ſonſtigen Handlung von einer gewiſſen Form abhängig gemacht, und wenn ſolche nicht beobachtet worden iſt, die Rechtshülfe verſagt [4]). Viertens, gewiſſe Perſonen ſtehen in der bürgerlichen Geſellſchaft in ſolchem Verhältniſſe, daß ſie der Verſuchung Schulden zu machen, vorzüglich ausgeſetzt ſind, jedoch dadurch leicht ſich ſelbſt und andern nachtheilig werden können; um daher nicht allein dieſes zu verhüten, ſondern auch der Argliſt ſolcher Leute, welche unter jenen Umſtänden auf einen ungebührlichen Gewinn bedacht ſind, Einhalt zu thun, haben die Geſetze es dienlich gefunden, dem Gläubiger, welcher ſolchen Perſonen creditiret, wenig-

3) Z. B. die natürliche Verbindlichkeit zwiſchen dem Herrn und dem Knechte, zwiſchen dem Vater und den Kindern die der väterlichen Gewalt unterworfen ſind.

4) Daher z. B. die obligatio naturalis ex pacto nudo u. a. m.

wenigſtens das ius agendi ganz oder zum Theil zu entziehen [5]). **Fünftens**, von der ſonſtigen Folge des Zwangsrecht, daß nämlich der Schuldner ſeinem Gläubiger völlig bezahlen muß, wenn er auch ſelbſt für ſich nicht das mindeſte übrig behalten ſollte, iſt bisweilen nach den Regeln der Billigkeit, und andern Gründen eine Ausnahme nöthig, derentwegen die bürgerlichen Rechte nicht erlauben, daß der Gläubiger das ganze Vermögen des Schuldners zum Gegenſtand ſeiner Befriedigung machen dürfe [6]). In allen dieſen Fällen iſt das Daſein einer natürlichen Verbindlichkeit an ſich nicht zu bezweifeln, nur aber, und hierin beſteht der unterſcheidende Charakter, in bürgerlichen Gerichten iſt ſie nicht völlig wirkſam. Wie nun überhaupt in unſern Rechtsbüchern dasjenige, was an ſich zwar wirklich vorhanden iſt, jedoch die bürgerliche Gültigkeit, und Wirkung nicht hat, im eigentlichen Verſtande mit dem Namen des **natürlichen** bezeichnet zu werden

pflegt

5) Z. B. die natürliche Verbindlichkeit ſolcher Perſonen, die noch unter der väterlichen Gewalt ſtehen, aus einer Geldanleihe; ingleichen nach verſchiedenen provinzial Geſetzen die Verbindlichkeit der Studirenden und Soldaten, denen über die Summe der ſogenannten Creditedicte geborget worden iſt.

6) Hieher gehören alle diejenigen, denen die Geſetze das ſogenannte beneficium competentiae ertheilt haben.

pflegt [7]), ſo verſtehen auch zumal die Römiſchen Geſetze unter der natürlichen Verbindlichkeit im ſtreng-

7) Die Worte, naturalis, naturaliter, haben auch ſonſt noch in der Sprache des Römiſchen Geſetzbuchs verſchiedene Bedeutungen. Natürlich wird 1) alles dasjenige genannt, was wirklich geſchieht, in der That vorhanden iſt, und in ſofern dem entgegen geſetzt, was die Geſetze als geſchehen annehmen und behandeln, ob es gleich wirklich nicht geſchehen iſt. L. 49. D. *de solution.* Solutam pecuniam *naturaliter* intelligimus, *si numerata est creditori.* L. 4. D. *de religios. et sumt. fun.* Naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus in quo infertur. — Id est, wie Strauch in Lexico particul. iur. Ienae 1719. p. 129. hinzufügt: seclusa fictione, qua vel hereditas iacens defunctum repraesentat, vel successor defunctum. 2) Wird das Natürliche dem entgegen geſetzt, was durch Kunſt, oder ſonſt facto hominis hervorgebracht worden iſt. L. 20. §. 1. D. *de seruit. praedior. rusticor.* Seruitus *naturaliter*, non manufacto laedere potest fundum etc. L. 1. §. 1. et 10. D. *de aqua et aquae pluu.* Haec actio totiens locum habet, quotiens manufacto opere aqua nocitura est; quod si *natura* aqua noceret, ea actione non continetur. Inde si aqua *naturaliter* decurrat, aquae pluuiae actionem cessare aiunt. 3) Wird unter dem Natürlichen verſtanden, was die Beſchaffenheit einer Sache oder Handlung an ſich ſchon mit ſich bringt, und ſich daher gleichſam von ſelbſt verſteht, ohne daß es durch Geſetze beſonders verfügt, oder durch Verträge ausgemacht werden darf, wiewol in verſchiedenen Fällen ein anderes per pacta veſtgeſetzt werden kann. L. 22. §. 3. D. *Locati.* Quemadmodum in emendo et vendendo *naturaliter* concessum est, quod pluris sit, minoris emere, et quod minoris sit, pluris vendere; et ita inuicem se circumscribere, ita in loca-

ſtrengſten Sinne ein ſolche Obligation, welche an ſich zwar nach Vorſchrift der geſunden Ver-
nunft

locationibus iuris est. Es gibt zwar über den Sinn der Worte: naturaliter consessum etc. in dieſem Geſetze, und der faſt gleichlautenden L. 16. §. 4. D. *de minoribus*, eine beträchtliche Anzahl ganz verſchiedener Erklärungen, welche STRAUCH de particul. pag. 129. n. 6. sequ. mühſam geſammelt hat; er ſelbſt aber tritt am Ende denen bei, qui verbum *naturaliter* in dictis LL. idem indicare defendunt, ac: *secundum naturam contractus emtionis;* quoniam emtio et venditio lucri causa initur, hinc emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedunt. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 3. Nr. 20. Natürlich wird 4) dem Bürgerlichen entgegen geſetzt, wenn jenes dasjenige bezeichnet, was nach dem allgemeinen Natur- und Völkerrechte unter allen geſitteten Nationen Statt findet, dieſes aber, was bloß dem Römiſchen Staat eigenthümlich iſt. §. 11. I. *de Rerum diuis.* Quarumdam rerum dominium nanciscimur iure *naturali*, quarumdam iure *ciuili*. §. 40. eod. Per traditionem iure *naturali* res nobis adquiritur, nihil enim tam conueniens est *naturali* aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. pr. I. *de usucapion.* Iure *ciuili* consitutum fuerat, ut res mobilis anno uno, immobilis biennio usucaperetur. §. 4. I. *de donat.* Erat olim et alius modus *ciuilis* adquisitionis per ius adcrescendi etc. Dieſer Unterſchied kann bei einer und eben derſelben Sache eintreten, wenn ſie an ſich zwar dem Natur- und Völkerrechte angehört, allein durch die Civilgeſetze eine ganz beſondere Einrichtung und Form erhalten hat; z. B. die väterliche Gewalt, die Ehe, u. d. m. Vorzüglich aber wird 5), wie oben bereits angemerkt worden iſt, das Natürliche dem

Bürger-

nunft dem in der bürgerlichen Societät ſich befindenden Menſchen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher der Regel nach mit einer Zwangspflicht verbunden iſt, nicht hervorbringt [8]).

§. 56.

Bürgerlichen in der Hinſicht entgegengeſetzt, daß unter jenem alles verſtanden wird, was an ſich zwar wirklich vorhanden iſt, jedoch vermöge der bürgerlichen Geſetze diejenige Gültigkeit, und Wirkung nicht hat, welche nach Vorſchrift des bloßen Naturrechts Statt finden würde. Das dominium *naturale*, welches der Frau an dem Brautſchatz zuſtehet, die natürliche Verwandſchaft, deren Modeſtin in L. 4. §. 2. D. *de grad. et affin.* gedenkt, cognatio naturalis per feminam quae vulgo liberos peperit; der natürliche Vater beim Paullus L. 14 §. 2. D. *de ritu nuptiar.* Pater *naturalis* filiae vulgo quaesitae, und beſonders die ſogenannten natürlichen Kinder, welche den legitimis entgegengeſetzt werden, beſtätigen ſolches hinlänglich. Dieſe Terminologie ward auf die Verbindlichkeiten übergetragen, und durch den Ausdruck: obligatio *naturalis*, eine an ſich zwar vorhandene, aber im Gericht nicht völlig wirkſame Verbindlichkeit bezeichnet. Die bereits oben §. 45. angeführten Geſetze geben davon erläuternde Beiſpiele, und man wird nunmehr von der Richtigkeit der dort gemachten Erklärung derſelben, ſich deſto leichter überzeugen können.

8) Die natürliche Verbindlichkeit kommt auch unter mehrern Benennungen im Römiſchen Rechte vor; dahin gehört 1) vinculum naturale, L. 59. D. *de condict. indeb.* 2) vinculum aequitatis, L. 95. §. 4. D. *de solut.* 3) ratio naturalis, L. 5. §. 16. D. *de agnosc. liber.* 4) officium pietatis, §. 17. ibid. 5) aequitas naturalis, L. 1. D. *de minor.* 6) Pudor, §. 1.

I.

§. 56.
Fortſetzung des vorigen.

Ob nun gleich alle diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten hieher gehören, denen das Civilgeſetz äußere Rechtshülfe verſagt, ſo wird doch in Fällen dieſer Art allemal vorausgeſetzt, daß an ſich eine natürliche Verbindlichkeit wirklich vorhanden ſei, mithin derjenige, welcher ſie nicht erfüllet, ſchlechterdings unrecht handle, wenn er gleich durch den ordentlichen Weg Rechtens zur Leiſtung des Schuldigen nicht gezwungen werden kann. Man ſiehet alſo ſehr leicht, daß diejenigen Geſchäfte gar nicht hieher gerechnet werden können, welche den Menſchen, als Menſchen zwar verbinden würden, allein im bürgerlichen Zuſtande durchaus unverbindlich ſind, weil ſie verbiethenden Geſetzen grade entgegen gehen. Denn in ſolchem Falle iſt nicht ſowol einer an ſich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit nur die gerichtliche **Kraft und Wirkung** entzogen, als vielmehr eine gänzliche **Abweſenheit der natürlichen Verbindlichkeit** ſelbſt zu behaupten. Man vergleiche die Schuld eines filii familias aus der Geldanleihe, mit einer verbothenen Spielſchuld. Der Unterſchied iſt evident. Bei jenem iſt und bleibt die natürliche Verbindlichkeit an ſich

I. de *fideicomm. hered.*, deren eigentliche Bedeutung aus dem Zuſammenhange leicht zu erklären iſt.

ſich wirklich fortdaurend [1]), er handelt unrecht und gewiſſenloß, wann er nicht bezahlt, obgleich dem Gläubiger keine Klage geſtattet iſt. Der Spieler hingegen hat eine ſchlechterdings verbothene Handlung unternommen, einen Vertrag geſchloſſen, welchen einzugehen, ihm alle Befugniß fehlte; er kann alſo nicht natürlich gehalten ſein, ein Verſprechen zu erfüllen, welches wider die Geſetze angeht.

Drit-

1) Molina *de iust. et iure disp.* 301. n. 2. und andere behaupten, daß der filius familias weder natürlich noch bürgerlich gehalten ſei, das geborgte Geld zu bezahlen. Hahn ad Wesenbec. Lib. XIV. Tit. VI. N. 2. widerlegt dieſe Meinung; nachdem er aber gezeigt hat, daß die natürliche Verbindlichkeit an ſich in dieſem Falle gar nicht zu bezweifeln ſei, ſo geräth er doch am Ende auf die Behauptung, daß der filius familias salua conscientia dem klagenden Gläubiger das S C. Maced. entgegenſetzen könne. Eben ſo lehren auch Zoesius *Comment. ad Pand. Tit. de Senat. cons. Mac.* Lauterbach in tract. Synopt. ad dict. titul. § fin. th. 10. und Frommann de obligat. natur. §. 73. Es iſt meine Sache nicht, mich über bloße Gewiſſensfälle in eine Unterſuchung einzulaſſen. Lubrica haec quaestio est, nam magna ex parte ad theologiam pertinet; ſchreibt *Francisc.* Hotomannus *Lib. singul. Quaestion. illustr.* Cap. XXV. pag. 160. Wenn man aber das Daſein einer natürlichen Verbindlichkeit an ſich zugeſtehet, und gleichwol behauptet, daß der Schuldner ſolche mit gutem Gewiſſen unerfüllet laſſen könne, ſo iſt der Widerſpruch zu auffallend, als daß er nicht einem Jeden fühlbar ſein ſollte.

Dritter Abſchnitt.

Allgemeine Regeln vom Verhältniß der natürlichen Verbindlichkeit im bürgerlichen Zuſtande, dem gerichtlichen Effecte derſelben, und mancherlei Einſchränkungen des leztern.

§. 57.

Ob und in wie fern das Naturrecht durch bürgerliche Geſetze eine Abänderung leiden könne?

Was in dieſem oder jenem Falle natürlichen Rechtens ſei, kann nur allein aus Vernunftgründen durch unſern Verſtand ſeine Beſtimmung erhalten. Kein Regent, auch der allerunumſchränkteſte nicht, kann ſich darüber eine Entſcheidung anmaßen [1]).

1) Daher ſchreibt DUARENUS ad L. 127. D. de verb. oblig. Quum species aliqua proponitur, in qua quaeritur: an quis naturaliter obligatus sit, nec ne? considerandum est, quid verisimiliter responsurus sit Aristoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens, et in philosophia eruditus, magis, quam quid legibus et iure ciuili constitutum sit. Eben ſo, wo nicht gewiſſermaßen noch richtiger, SCHULTING *de oblig. natur.* Cap. 2. p. 9.: Lex vinculum hoc introducens,

Alle Quellen des poſitiven Rechts, ſie mögen ſein ausdrückliche Vorſchriften der Geſetzgebung, Verträge oder Gewohnheitsrechte, ſtehen als Menſchliche Anſtalten unter dem Geſetze der geſunden Vernunft. Dieſe ein-

cens, quum non aliunde, quam ex nobismet ipsis hauriatur, sequitur, nec alio modo, quam mentem nostram recte consulendo, an talis existat obligatio, sciri posse. Das Anſehen der Gelehrten, wie der Geſetze, entſcheidet da, wo es auf Vernunftwahrheiten ankommt, wenig, oder gar nichts. „Wer ſeinen Nebenmenſchen davon unterrichten will, muß ſie nicht ſeinem „Glauben empfehlen, ſondern ſeiner Vernunft gleichſam „aufdringen, nicht Autoritäten anführen, und ſich auf „Glaubwürdigkeit der Männer berufen, die eben daſſelbe behauptet haben, ſondern die Begriffe ſelbſt in ihre „Merkmale zerlegen, und ſeinem Lehrling ſtückweiſe ſo „lange vorhalten, bis ſein innerer Sinn ihre Fuge und „Verbindung wahrnimmt. Der Unterricht, den wir „hierin andern geben können, beſteht, wie Sokrates gar „wohl geſagt, bloß in einer Art von Geburtshülfe. Wir „können nichts in ihren Geiſt hinein legen, das er nicht „ſchon wirklich hat; aber wir können ihm die Anſtrengung erleichtern, die es koſtet, das Verborgene ans „Licht zu bringen, das heißt, das Unbemerkte, bemerkbar, und anſchaulich zu machen.“ **Moſes Mendelsſohn Ueber religioſe Macht und Judenthum**, p. 35. Um wenigſtens durch Ein Beiſpiel zu zeigen, wie unbedeutend in dergleichen Fällen die geſetzliche Beſtimmung ſei, darf ich nur an die Römiſchen Geſetze erinnern, welche den Selbſtmord als natürlich erlaubt angeſehen wiſſen wollten, worüber Bynkershoeck Lib. IV. Obseruat. C. 4. Boehmer ad Art. 135. CCC. und Eckhard Hermeneut. iur. nach der neueſten Ausgabe mit den vortreflichen Anmerkungen **Walchs** pag. 235. imgleichen Püttmann elem. iur. criminal. Lips. 1779. §. 381. nachzuleſen ſind.

einfachen, dem menſchlichen Verſtande von ſelbſt einleuchtenden Sätze ergeben ſehr leicht, was von der Frage zu halten ſei, welche dieſer Paragraph ankündigt, mit der ſich mehrere Rechtsgelehrte und Philoſophen beſchäftigt haben [2]), und deren Unterſuchung eigentlich nur durch die Unbeſtimmtheit der Ausdrücke ſchwierig werden konnte. Aenderung des Naturrechts läßt ſich ohne Widerſpruch in dem Verſtande nicht annehmen, daß irgend ein bürgerlicher Geſetzgeber befugt ſein ſollte, durch ſeine Vorſchriften das Gegentheil des Vernunftrechtes anzuordnen. Kein Geſetz kann gelten, welches unter den Umſtänden und in den Verhältniſſen, worin es gegeben wird, vernunftwidrig ſein würde. Wenn aber der Zweck der bürgerlichen Societät bald dieſe bald jene Einſchränkung der natürlichen Freiheit erfordert, ſo giebt auch ſelbſt das auf den Staat angewandte Vernunft-

2) *Joh.* Cramer *de immutabilitate, et mutabilitate iuris naturae, gentium et ciuilis.* Frf. 1669. *Joh. Caſp.* Brendel *de immobilitate iuris naturae.* Lipſ. 1689. *Henr.* Cocceii Diſs. *de immutabilitate iuris naturae.* Vltrai. 1690. in deſſen Exercitat. T. I. n. 72. *Joh. Joach.* Schoepfer *de iure ciuili ius naturae determinante circa perſonas* Roſtochii 1709. *Car. Gothofr.* Winckler *de poteſtate legum ciuilium in ius naturae.* Lipſ. 1713. *Caſp.* a Rheden Diſs. *de immutabilitate iuris naturae.* Brem. 1717. Joh. Lor. Holderrieder von der Gewalt der Majeſtät über das Recht der Natur; in deſſen hiſtoriſchen Nachrichten von der Weißenfelſiſchen Aletophiliſchen Geſellſchaft. Leipzig. 1750.

nunſtrecht dem bürgerlichen Geſetzgeber die Befugniß, dieß oder jenes anzuordnen, was außer dem Staate nicht recht ſein würde. Wird daher das Naturrecht in Beziehung auf den Menſchen als Menſchen, oder den ſogenannten Naturzuſtand genommen, und ſoll die Frage eigentlich dieſe ſein: Ob und in wiefern die Rechte des Menſchen als Menſchen betrachtet, ſeine Befugniſſe und Verbindlichkeiten durch den Staat, und deſſen poſitive Geſetze eine Aenderung leiden können? ſo verſteht ſich im Allgemeinen die Antwort von ſelbſt, daß den Mitgliedern der bürgerlichen Geſellſchaft natürlich andere Rechte und Pflichten zukommen müſſen, als ſie außer dieſer Verbindung Statt finden, und daß ihnen unmöglich alle die Rechte zuſtehen können, die ſie als Menſchen im Naturſtande haben würden [3]). Will man alſo die poſitiven Vorſchriften, welche dieß näher beſtimmen, und nach dem Endzwecke des Staats gewiſſe Handlungen verbiethen, die das Naturrecht dem Menſchen als Menſchen nicht unterſagt,

3) Hufeland Verſuch über den Grundſatz des Naturrechts, S. 288. f. Derſelbe in Lehrſätzen des Naturrechts §. 530. Was ändert der Eintritt in den Staat an den Rechten der einzelnen Menſchen? — Was darf der Staat an den Rechten der einzelnen ändern? — Was muß der Staat an den Rechten der einzelnen Menſchen ändern? *Car. Ferd.* Schmid. De iuribus ſingulorum hominum naturalibus propter ſocietatem ciuilem immutandis. Vitemb. 1788.

ſagt, gewiſſe nach dem Naturrecht an ſich vollkommen verbindliche Verträge als ungültig verwerfen, oder wenigſtens dem Berechtigten keine vollgültige Klage daraus geſtatten, will man dieſe Vorſchriften Aenderungen des Naturrechts nennen: ſo würde es überflüſſig ſein, den Ausdruck zum Gegenſtande des Streites zu machen. Wichtiger iſt aber alsdann die Frage: wie weit ſich in dieſer Hinſicht eigentlich das Recht der bürgerlichen Geſetzgebung erſtrecke, was und wieviel von den Rechten des Menſchen als Menſchen in der bürgerlichen Geſellſchaft geändert werden könne? Darüber wird im folgenden §. noch etwas zu ſagen ſein.

§. 58.
Fortſetzung des vorigen.

Es iſt allerdings ein gegründeter Tadel der bisherigen Behandlung des poſitiven Rechts, daß man es hinreichend geglaubt hat, bloß hiſtoriſch zu unterſuchen, ob dieſe oder jene Verfügung wirklich von denen erlaſſen ſei, die überhaupt ein Verfügungsrecht hatten, ohne dabei an irgend eine weitere Prüfung, ob nämlich eine Verordnung der Art überhaupt als poſitives Recht möglich ſei, zu denken [1]).

 Dieſe

1) E. F. Hagemeiſter in den Zuſätzen zu Schnauberts Abhandlung: Auch der Regent iſt an die von ihm gegebenen Geſetze gebunden. p. 126. Th. Kretſchmann Beiträge zur Berichtigung der poſitiven Rechtsgelahrtheit. 1. B.

Dieſe Behandlungsart, die zugleich mit einer höchſt ſchädlichen Vernachläſſigung des Naturrechts in der genaueſten Verbindung ſteht, trägt allerdings das ihrige dazu bei, daß manche Geſetze, wie ſehr ſie auch den ewigen und unveränderlichen Grundſätzen der Gerechtigkeit zuwider ſein mögen, ſich dennoch in einer fortdaurenden Anwendung erhalten können; da Richter und Rechtsgelehrte, ohne ſelbſt ihre Bedenklichkeiten darüber in gehöriger Maße zu äußern, es höchſtens für die Sache des Politikers, und der Geſetzgebung halten, ſich in irgend eine nähere Prüfung des Geſetzes von dieſer Seite einzulaſſen. Schon beim erſten Unterrichte pflegte man auch wol die Schüler des Rechts zu belehren, und frühzeitig daran zu gewöhnen, ihre Vernunſt unter dem Gehorſam des Geſetzes gefangen zu nehmen, ſich an Geſetzen, wie ſie ſind, genügen zu laſſen, und aller müſſigen Speculationen, wie ſie wol ſein könnten, und müßten, ſich beßtens zu enthalten. Daß aber eben dieſe Speculationen, wie man es zu nennen beliebt, am Ende doch wol dazu beitragen, die ſo nöthige Verbeſſerung der Geſetze, die Abſtellung ihrer Ungerechtigkeiten, und überhaupt ihre Zweckmäßige Einrichtung zu befördern, davon ſollte uns doch ſchon der Gewinn überzeugen, welchen die Peinliche Juſtiz- und Rechtsverfaſſung in Deutſchland ſo ganz vorzüglich der Philoſophiſchen Behandlung dieſes

Rechts-

Rechtstheils, und der Prüfung bisheriger Geſetze nach der Natur des Menſchen und ſeiner Handlungen zu verdanken hat [2]). Neuerer Zeit hat man die allgemeine Kritik des poſitiven Rechts nicht nur als ein wahres Zeitbedürfniß anerkannt, ſondern es iſt auch ſchon durch die Bemühungen berühmter und Verdienſtvoller Gelehrten ein ſo guter Anfang damit gemacht worden, daß für das Wol der Staaten, und ſelbſt auch für das Anſehen der Geſetze, der weitere Fortgang recht ſehr zu wünſchen iſt [3]). Nach dem Gegenſtande dieſer Schrift wird es genügen, über die Gerechtigkeit poſitiver Geſetze, wodurch den Rechten und Verbindlichkeiten des Menſchen als Menſchen

2) **Malblanc** Geſchichte der Peinlichen Gerichtsordn. p. 224. 236. ꝛc. ꝛc. Meister princip. iur. crim. §. 16. n. e.

3) Ueberaus leſenswerth iſt die Theorie des Zwecks und der Gränzen der geſetzgebenden Macht, welche C. D. **Erhard** der Critik des allgemeinen Geſetzbuchs für die Preuß. Staaten, 1. Abth. 1. Cap. p. 42. vorangeſchickt, und was derſelbe ferner p. 133. ꝛc. über die Sache angeführt hat. Kein Rechtsgelehrter ſollte dieß ungeleſen und ungenutzt laſſen. Man ſehe auch **Deſſen** treffliche Betrachtungen über Leopolds des Weiſen Geſetzgebung in Toscana, p. 17. ꝛc. **Hagemeiſter** in den angeführten Zuſätzen p. 131. und daſelbſt bemerkte Schriftſteller. **Schlettwein** Rechte der Menſchheit §. 17. 28. 60. ꝛc. ꝛc. **Maaß** über Rechte und Verbindlichkeiten. p. 173. ꝛc. ꝛc. 206. ꝛc. ꝛc. Wiesand Disceptat. iur. II. 2. Sententiae iure conſultorum Romanorum interdum cum praeceptis iuris naturalis non conſpirant. **Klüber** kl. jur. Biblioth. XXV. 118.

bald dieſe bald jene Einſchränkung entgegen geſtellt wird, im Allgemeinen, die Hauptgrundſätze voraus-gehen zu laſſen.

Die Rechtmäßigkeit aller poſitiven Geſetzgebung, ſo wie die Zuſtändigkeit und der Umfang aller und jeder Staatsgewalt und aller Regierungsrechte iſt lediglich aus dem Geſellſchaftlichen Vertrage herzuleiten und zu beurtheilen [4]). Kein Regent kann alſo über die Perſon, die Handlungen, und das Eigenthum der Staatsbürger, andere als ſolche Rechte ausüben, die die Mitglieder der Geſellſchaft ihm übertragen konnten, und von denen man vernünftiger Weiſe nicht ſagen kann, daß ſie mit dem vermuthlichen Willen einer Nation im Widerſpruch ſtehen.

Die Vernunft iſt genöthigt, als allgemein gültiges Geſetz anzuerkennen, daß kein Menſch den Andern willkührlich im Gebrauch ſeiner Kräfte, und dem Genuſſe deſſen, was er durch ſeine Kräfte erwarb, kurz in ſeiner Sicherheit ſtöre. Nur Laeſion und freie Einwilligung kann uns der Regel nach ein Zwangsrecht über den Andern geben. Vernünftiger Weiſe kann man aber nicht anders annehmen, als daß die Menſchen in der bürgerlichen Societät ihre urſprünglichen Rechte auf Leben, und freien Genuß des Ihrigen,

4) Kant vom Verhältniß der Theorie zur Praxis im Staatsrecht, in der Berlin. Monatsſchrift 1793. p. 249. verglichen mit Erhard Kritik ꝛc. p. 47.

gen, haben ſichern und mehr beveſtigen, nicht aber ganz aufgeben, oder, welches einerlei iſt, der Willkür Anderer ganz Preiß geben, kurz daß keiner aus einer Perſon, eine Sache, hat werden wollen [5]). Das Recht irgend Jemand in dieſen urſprünglichen Anſprüchen zu lädiren; konnte die Nation den Regenten nicht geben, und ich weiß daher nicht, wie es noch Vertheidiger der Leibeigenſchaft geben kann. Das Recht, an ſich erlaubte Handlungen der Staatsbürger, den Gebrauch ihrer Kräfte, und Genuß des ihrigen mehr einzuſchränken, als es die Abſicht der bürgerlichen Geſellſchaft erfordert, wollte ſie ihm ſicher nicht überlaſſen. Die Regierung

 würde

5) Noodt de iure summi imperii et lege regia verb.: perinde quasi homines non sint, quibus fortuna parendi conditionem imposuit, soli homines habeantur, quibus in homines imperium hominum consensus detulit. — An praesumendum erat, homines mentis sanae, qui in ciuitatem ac sub imperium coibant, ne per aliorum vim atque iniuriam naturae beneficia amitterent, eo dementiae venisse, ut — non in suum, sed in alterius usum fructus ferre, eiusque arbitrio pasci, tonderi, iugulari, deglubi, ac deuorari vellent. Absit, non id ratio, non communis sensus, non lex naturae patiatur. Ueberhaupt hat der angeführte Rechtslehrer bei dieſer Gelegenheit über die Gränzen der Staatsgewalt Grundſätze vorgetragen, welche man nach der richtigen Bemerkung Kleins, Annal. der Geſetzgeb. VIII. 380. nicht eben Urſache gehabt hätte, zu unſern Zeiten auf Rechnung der neuern Aufklärung zu ſchreiben.

würde ſonſt grade dasjenige zerſtören und aufheben, was ſie eigentlich ſchützen ſoll. Indeß verſteht es ſich von ſelbſt, daß jeder Staatsbürger, eben weil er ein Mitglied dieſer Geſellſchaft ſein, und an den Vortheilen derſelben Theil nehmen will, ſich die Einſchränkungen muß gefallen laſſen, welche zur Erreichung des gemeinen Zwecks unentbehrlich ſind. Aus dieſen unleugbaren Grundſätzen folgt nun, was die Gerechtigkeit der Civilgeſetze, mithin die Gültigkeit derſelben anbetrift, eben ſo evident, 1) daß alle diejenigen poſitiven Geſetze ungültig ſind, welche der vereinte Wille des Volks nicht beſchließen, und zu deſſen Verfügung die Grundverträge der Geſellſchaft dem Geſetzgeber kein Recht geben konnten. Ueberhaupt, wie **Kant** ſehr treffend bemerkt hat, „der Probierſtein alles deſſen, was über ein Volk „beſchloſſen werden kann, liegt in der Frage: ob ein „Volk ſich ſelbſt wol ein ſolches Geſetz auflegen „könne?“ [6]) Zu den an ſich ungerechten mithin an ſich ungültigen Geſetzen gehören daher alle diejenigen, welche darauf abzielen, den Mitgliedern der bürgerlichen Societät, oder einigen Claſſen und Ständen derſelben, ſolche Rechte zu entziehen, deren ſie ſich ſelbſt nicht entäußern durften [7]), oder ihnen Verbind-

6) l. c.

7) „Nimmermehr, ſchreibt von Juſti, kann dasjenige als „ein Geſetz betrachtet werden, was offenbar dem verei„nigten

bindlichkeiten vorzuſchreiben, deren Erfüllung phy=
ſiſch

„nigten Willen des Staats nicht gemäß iſt, was in die „Wohlfahrt des Staats gar keinen Einfluß hat. In al= „len Fällen alſo, wo der Regent ſeine Macht mißbraucht, „um ſeine Leidenſchaften und Ausſchweifungen zu vergnü= „gen, da giebt er keine Geſetze, ſondern er giebt Befehle, „denen Niemand Gehorſam ſchuldig iſt. —— —— Der „Menſch wird Bürger eines Staats, ohne die Eigenſchaft „des Menſchen abzulegen. Es iſt demnach ſo weit gefehlt, „daß die Geſetze der Staaten die Geſetze des Menſchen „aufheben ſollten, daß ſie ſich vielmehr beſtändig auf die= „ſelben gründen, und dahin, als auf ihre Quelle, zu= „rück ſehen müſſen. Denn bürgerliche Verfaſſungen und „Geſetze, die nicht ihren Grund in der Natur des Men= „ſchen hätten, würden widerſinnige und ungereimte Ge= „ſetze ſein. Wenn daher die Geſetzgeber der Staaten nicht „die Natur des Menſchen vorausſetzen, wenn ſie ihren „Bürger nicht zuvörderſt als Menſch betrachten; ſo kön= „nen ſie keine andere, als unnatürliche, grauſame und „tyranniſche Geſetze geben. Der Deſpot, der ein Geſetz „giebt, daß Aeltern und Kinder am Leben geſtraft wer= „den ſollen, wenn ſie eine Verſchwörung wider den Deſpo= „ten, in welche ſich der eine Theil eingelaſſen, nicht „anzeigen, ohngeachtet ſie ſelbſt keinen Antheil daran ge= „nommen haben, verletzet alle natürliche Triebe, und „giebt ein grauſames, tyranniſches Geſetz. Die Rö= „miſchen Geſetze, fügt **Scheidemantel** hinzu, ſcheinen „dieſe harten Grundſätze zu lehren. **Bartolus** hat ſie „wenigſtens ſo ausgelegt, und **Baldus** hat ihm deswe= „gen vorgeworfen, daß ſeine Seele ſolches in der Hölle „büßen müßte. Es iſt zwar gewiß, daß man die Ma= „jeſtät auf alle Art ſicher ſtellen muß, aber man muß „auch die Unſchuld, Unwiſſenheit, und natürliche Liebe „entſchuldigen. Eben ſo beleidigt der Richter das natür= „liche Recht, und iſt ein ſehr ungerechter Richter, wenn „er

ſiſch oder moraliſch unmöglich [8]), beſonders auch diejenigen Geſetze, deren Anwendung offenbare Verletzung eines Dritten ſein würde. 2) Aber nicht genug, daß der vereinte Wille einer Nation dieſe oder jene Verfügung allenfalls beſchließen konnte; eben deswegen, weil hier alles auf präſumtiver Einwilli-

„er einen armen Mann beſtraft, der zur Friſtung ſeines „Lebens ein Brod oder andere Nahrungsmittel geſtohlen „hat, nachdem er ſich vergebliche Mühe gegeben hatte, auf „eine erlaubte Art darzu zu gelangen. Der Trieb der „Selbſterhaltung geht über alle bürgerliche Geſetze." **Natur und Weſen der Staaten mit Anmerkungen von H. G. Scheidemantel.** Mietau 1771. §. 150. 172. 180. 185. Mehr von den unveräußerlichen Rechten des Menſchen iſt bei **Hufeland** in Lehrſätzen des Naturrechts §. 145. u. 46., und **Maaß** von Rechten und Verbindl. p. 40. ꝛc. nachzuſehen.

8) Handlungen, die ihrer Natur nach bloß auf innerer Ueberzeugung beruhen, darf daher das Geſetz weder verbieten, noch gebieten. **Erhard** Kritik ꝛc. p. 51. Nullo modo, ſagt Boehmer Iure ecclesiast. protest. Tom. 2. Dissert. praelim. §. 20. homo ita suae mentis est arbiter, ut eam simpliciter alterius arbitrio subiicere, et, quam ei Deus tribuit, facultatem ratiocinandi abiicere queat. Quid aliud est, libertatem cogitandi, *credendi*, in *veritatem inquirendi*, et secundum eam se emendandi subditis denegare, quam eos societati belluarum adiungere, qui ductu ductoris sui ducuntur, quo velit. **Glück** Erläuterungen der Pandekt. Th. 1. §. 18. Alle Geſetze alſo, welche die Ketzerei für ein Verbrechen erklären, und von dieſem Grundſatze ausgehen, zum Beiſpiele den Ketzeriſchen Eheweibern iura dotis verſagen ꝛc. ꝛc., ſind als wahre Ungerechtigkeiten durchaus nicht gültig.

willigung beruhet, kann man auch ſolchen Geſetzen die Eigenſchaft gerechter Anordnungen nicht zugeſtehen, von denen vernünftiger Weiſe ſich nicht annehmen läßt, daß die Bürger des Staats ſich ihnen vermöge des Zwecks der bürgerlichen Societät haben unterwerfen wollen. Alle und jede Einſchränkungen der natürlichen Freiheit ſind nur in ſofern gerecht, als jener gemeinſchaftliche Zweck ſie erfordert [9]); dieſe muß freilich jeder Staatsbürger ſich gefallen laſſen [10]). Inſofern alſo 3) die Ausübung jener an ſich unveräußerlichen Rechte, imgleichen die Art und Weiſe der Erfüllung gewiſſer Verbindlichkeiten nicht alle Willkür des Menſchen ausſchließt; in ſo fern iſt auch der Geſetzgeber allerdings befugt, um die Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten, den modum durch ſeine Vorſchrift zu beſtimmen, auch in dieſer Hinſicht manche Einſchränkungen zu machen [11]). 4) Alle Rechte hingegen, welche dem Menſchen,

9) Strubens Rechtl. Bedenken Th. 2. Nr. 47. Eben darin beſteht auch die bürgerliche Freiheit, daß man im ungeſtörten Gebrauch ſeiner Kräfte und ſeines Eigenthums durch Niemand anders, als unter Autorität gültiger Geſetze, durch dieſe aber nur inſofern gehindert und eingeſchränkt werde, als unſere Handlungen entweder an ſich ungerecht, oder dem Zwecke des Staats zuwider ſind.

10) Nach der Regel: wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen. Erhard Kritik ꝛc. p. 56.

11) Der Trieb der Selbſterhaltung geht freilich, wie geſagt, über alle bürgerliche Geſetze. Allein man müßte den

ſchen, als Menſchen zwar zuſtehen, deren er ſich aber willkürlich begeben kann, ſind auch der Dispoſition des bürgerlichen Regenten dergeſtalt unterworfen, daß dieſer ſie zum gemeinen Beßten gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ausſchließen darf [12]). Eben ſo verhält ſich die Sache 5) in Anſehung der Verbindlichkeiten, welche willkürliche, an ſich erlaubte Handlungen zum voraus ſetzen, weil der Regent ohne Zweifel befugt iſt, ſolche Handlungen durchaus zu verbieten, für ungültig

den Endzweck der bürgerlichen Societät gänzlich verkennen, und alle gute Ordnung durchaus verleugnen, um nicht überzeugt zu ſein, daß der Regent in Anſehung der Mittel, welche der Menſch zu ſeiner Erhaltung anwenden kann, allerdings verſchiedene Einſchränkungen zu machen befugt ſei. Er kann dieſe oder jene Handthierungen, Künſte, und Gewerbe, gewiſſen Perſonen allein geſtatten, und alle Andere davon ausſchließen. Nicht ein Jeder im Staat darf Schuhe machen, nicht ein Jeder als Advocat vor Gericht auftreten, u. ſ. w. Eben ſo verhält ſich die Sache in gewiſſer Hinſicht mit dem natürlichen Triebe zur Fortpflanzung unſers Geſchlechts. Der Regent kann befehlen, daß wir unſern Weg durch die Kirche nehmen ſollen, um eine rechtmäßige officinam sobolis anzulegen. Er kann unter gewiſſen Perſonen die Heirathen gar verbieten; u. d. m.

12) So z. B. iſt die Occupation, mithin auch die Jagd im Stande der natürlichen Freiheit einem Jeden erlaubt. Gleichwie es aber kein Bedenken leidet, daß der Menſch ſich dieſer Rechte begeben könne; ſo iſt auch die Gültigkeit der bürgerlichen Geſetze, welche den Unterthanen die Jagd und andere Arten der Occupation verbieten, gar nicht zu bezweifeln.

tig zu erklären, oder wenigſtens die gerichtliche Wirkung derſelben einzuſchränken. **Ulpian** hat daher nicht unrecht, wenn er ſagt: quum aliquid *addimus* vel *detrahimus* iuri communi i. e. naturali vel gentium, ius proprium i. e. ciuile efficimus [13]. Das erſtere, quum aliquid additur, läßt ſich auf verſchiedene Weiſe gedenken, je nachdem nämlich 6) durch verſicherte Belohnungen, oder angedrohete Strafen, mehrere Bewegungsgründe zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden, oder 7) den Rechtsgeſchäften eine gewiſſe Form vorgeſchrieben wird, von deren Beobachtung die Gültigkeit derſelben abhangen ſoll; oder 8) Rechte und Verbindlichkeiten durch poſitive Geſetze eingeführet werden, welche das Naturrecht ignoriret [14]. Es gehöret auch dahin, wenn 9) den ſogenannten natürlich unvollkommenen Pflichten durch bürgerliche Geſetze eine vollkommen verbindliche Kraft beigelegt wird. Das letztere aber, quum aliquid detrahitur iuri naturali, iſt vorzüglich durch die bereits angeführten Fälle zu erläutern, wenn natürlich erlaubte Handlungen verboten, oder der gerichtlichen Wirkung nach eingeſchränkt werden.

§. 59.

13) L. 6. D. de iustit. et iure.

14) Z. B. der Erwerb des Eigenthums durch Verjährung, die Verbindlichkeit aus einem voto u. d. m.

§. 59.
Allgemeine Regeln von der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten.

So viel glauben wir nunmehr außer Zweifel geſetzt zu haben, daß man folgende Grundſätze als allgemeine Regeln in dieſer Materie wird gelten laſſen. **Erſtlich**: Eine jede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menſchen außer dem bürgerlichen Zuſtande obliegen würde, iſt auch an ſich in dieſem Zuſtande vorhanden, und fortdaurend; nur diejenigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menſchen eine ſolche Aenderung der Umſtände hervorbringt, daß die Verbindlichkeit damit nicht beſtehen kann [1]). **Zweitens**: Eine jede natürliche Zwangspflicht hat auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect, ſie kann der Regel nach

1) Homines enim ſtatum ingreſſi ciuilem et naturam et rationem, quae fuit in ſtatu naturali, retinuerunt; unde dubitari nequit, iuris naturalis praecepta in ſtatu quoque ciuili eſſe ſeruanda. I. A. Hellfeld iurisprudent. forens §. 17. At quum ſaecularis legislator totum negotium pro infecto habere queat, omnique vi ſpoliare, quumque illi, tamquam Dei miniſtro, obedientes nos eſſe oporteat, nulla tunc obligatio reperitur. Sic transactio ſuper alimentis futuris ultima voluntate relictis, propria autoritate celebrata, perinde habetur, ac ſi nil fuiſſet actum. Sic interceſſiones mulierum plane Senatus improbavit etc. etc. Ant. Schulting *de obl. natur. Cap.* 3. *pag.* 12.

nach beides durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden; außer in den Fällen, wo die Geſetze in specie die gerichtliche Wirkſamkeit verſagt, oder eingeſchränkt haben [2]. **Drittens**: Wenn aber dergleichen einſchränkende Geſetze wirklich vorhanden ſind: ſo verliert doch die natürliche Verbindlichkeit in Anſehung des gerichtlichen Effects nur ſo viel, als das poſitive Recht derſelben nahmentlich entzogen hat; mithin bleiben diejenigen Wirkungen, welche in den Geſetzen nicht ausdrücklich aufgehoben ſind, allerdings auch in foro ciuili fortdaurend. **Viertens**: Was an ſich nur Liebespflicht iſt, kann auch nie in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit gefordert werden, es wäre denn durch Vorſchrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet worden; das letztere iſt aber, als Ausnahme von der Regel, ſo ſtrenge zu erklären, daß weder von Einem Fall auf den andern, noch von Einer gerichtlichen Wirkung auf alle übrige die Ausdehnung zuläſſig iſt. Mit einem Worte: Was an ſich nur Liebespflicht iſt, hat in foro ciuili nicht mehr Kraft, als

2) Ex legis naturalis et poſitiuae natura ac indole facile patet, in regula omnem obligationem mere naturalem, quae ſecundum ius naturae eſt perfecta, obligationem quoque in foro ciuili efficacem eſſe et plenam; ſicque exceptionem eſſe, eam vel minus plenam vel inefficacem eſſe. (*Dan.* Nettelbladt Syſtem. elem. iurispr. general. §. 281.

als die Geſetze **wirklich geſtattet** haben; die natürliche Zwangspflicht hingegen, hat alle gerichtliche Wirkung, welche ihr nicht ausdrücklich **genommen** iſt.

§. 60.

Grundriß zur beſondern Abhandlung der einzelnen Fälle, wo die natürliche Verbindlichkeit nach Vorſchrift der bürgerlichen Geſetze entweder ganz wegfällt, oder in Gerichten nicht völlig wirkſam iſt.

Da die im vorigen Paragraph enthaltenen Regeln, daß die natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menſchen im außergeſellſchaftlichen Zuſtande obliegen würde, an ſich nicht allein in der bürgerlichen Societät fortdaure, ſondern auch den völligen gerichtlichen Effect mit ſich führe, verſchiedene Ausnahmen leiden, ſo ſind dieſe letztern nunmehr in folgender Ordnung zu betrachten. Zuerſt werde ich die Fälle erörtern, wo die bürgerlichen Rechte eine nach dem Naturrecht an ſich erlaubte und verbindliche Handlung verbieten und durchaus ungültig erklären. Hiemit wird ſich der vierte Abſchnitt beſchäftigen. Dann folgen zweitens diejenigen Fälle, wo die Verbindlichkeit an ſich allerdings vorhanden iſt, jedoch die völlige gerichtliche Kraft und Wirkung nicht Statt findet. Hiebei aber iſt folgender Unterſchied, welchen die Lehrbücher

cher gewöhnlich übergehen, von der gröſten Wichtigkeit. (Siehe oben §. 51. 52.) Die bürgerlichen Geſetze haben die gerichtliche Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit entweder ſchon ex parte ante, um mich eines ſcholaſtiſchen Ausdrucks zu bedienen, dergeſtalt eingeſchränkt, daß der völlige Effect keinen Anfang gewinnen konnte, oder nicht, ſondern es iſt einer bisher **völlig wirkſamen** Verbindlichkeit der weitere Effect, es ſei nun ganz oder zum Theil, aus Gründen entzogen worden, welche nach natürlichen Rechten keine Aufhebung oder Einſchränkung der Verbindlichkeit hervorbringen. Von jenem wird der fünfte, von dieſem aber der ſechſte Abſchnitt handeln. Hierauf wird im ſiebenten Abſchnitte von den Liebespflichten, welche durch poſitive Geſetze die Wirkung einer Zwangspflicht entweder ganz, oder zum Theil erhalten haben, danächſt aber im achten und folgenden Abſchnitten, von Verſtärkung der natürlichen, nicht völlig wirkſamen Verbindlichkeit durch den Eid, durch die Verpfändung, und Bürgen, und endlich von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit gehandelt werden.

Vierter Abſchnitt.

Von natürlich erlaubten, jedoch bürgerlich verbotenen Rechtsgeſchäften.

§. 61.

Das bürgerliche Verbot einer natürlich erlaubten Handlung muß vor allen Dingen außer Zweifel geſetzt ſein.

Die Geſetzgebung darf allerdings nach den Grundſätzen, die bisher vorgekommen ſind, einige Arten Rechte zu erwerben, die außer dem Staate gelten würden, ganz aufheben, andere nur unter gewiſſen Bedingungen zulaſſen, und ihre Gültigkeit durchaus von einer beſtimmten Form abhängig machen; ſie darf ferner, um der ungebührlichen Verleitung, und den Folgen des Betrugs, des Irrthums ꝛc. ꝛc. vorzubeugen, gewiſſe Perſonen von Rechtsgeſchäften ausſchlieſſen, und ihnen die Befugniß dazu verſagen. Die einzelnen Fälle, welche hieher gehören, ſind unter der gemeinſchaftlichen Beſtimmung bürgerlich verbotener Handlungen und Geſchäfte hier nur in ſofern zu erwägen, als in Civilgerichten Rechte und Verbindlichkeiten in Anſehung ihrer zu entſcheiden ſind.

ſind. Nach ihrer Beſchaffenheit, und nach dem Grunde des bürgerlichen Verbots ſind zwar dieſe Fälle ſehr verſchieden; da einige derſelben in der bürgerlichen Geſellſchaft, als gemeinſchädlich und unerlaubt, unterſagt worden ſind, ja zum Theil als Uebertretungen der Strafgeſetze in Verbrechen ausarten, und in ſofern vor die Criminaljuſtiz gehören, bei andern hingegen, die Geſetzgebung ſich nur gewiſſer Perſonen, um ihren Schaden zu verhüten, angenommen, und ſelbige zu ihrem eignen Beſten von der Fähigkeit und Befugniß ſich verbindlich zu machen, ausgeſchloſſen hat. Alle kommen aber darin überein, daß zwiſchen der Verfügung des Geſetzes, und der Handlung deſſen, der unter dem Geſetze ſteht, in ſofern dieſes ihm ſelbſt die **Befugniß** zu jener Handlung durchaus verſagt hat, ein offenbarer Widerſpruch ſich ergiebt. In dieſer allgemeinen Bedeutung iſt der Ausdruck: **verbotene Handlungen**, zu erklären; wie denn auch die Römiſchen Rechtsgelehrten, ſobald von Fällen dieſer Art die Rede iſt, ſich der Worte: prohibet lex vel Senatusconsultum, bedienen. Eben dadurch unterſcheiden ſich aber auch die Geſchäfte, welche hier vorkommen, von den Gegenſtänden des folgenden Abſchnitts, wo die Geſetze nicht ſowol gewiſſe Arten Rechte zu erwerben, und ſich verbindlich zu machen, an ſich aufheben, als vielmehr nur in gewiſſer Rückſicht die

Rechtsverfolgung in foro nicht geſtattet wiſſen wollen.

Wenn nun die Gültigkeit einer natürlich erlaubten, und rechtsverbindlichen Handlung aus dem Grunde beſtritten wird, weil der Vorgang durch poſitive Geſetze verboten worden: ſo muß vor allen Dingen das letztere völlig in Gewißheit geſetzt werden. (§. 59. Nro. I.). Wer einen natürlich gültigen Vertrag für ſich anführen kann, hat ſo lange einen gegründeten und rechtmäßigen Anſpruch, bis das Gegentheil durch deutliche Verordnungen des Civilrechts dargethan wird [1]). Da die Rechtsgelehrten nicht ſelten geneigt ſind, entweder wirklich gültige Handlungen wider den Sinn der Geſetze unwirkſam zu machen, oder dem bürgerlichen Verbote allerhand ungebührliche Einſchränkungen beizufügen: ſo iſt die Vorſicht ſehr zu empfehlen, daß man ſich in dieſem Puncte bloß von den Geſetzen ſelbſt, nicht aber von den Meinungen der Ausleger, leiten laſſe. Der juriſtiſche Köhlerglaube, dem die ſogenannte communis doctorum opinio zur alleinigen Richtſchnur dient, iſt nirgend gefährlicher, als hier.

§. 62.

1) Claproth iurisprud. heuremat. Edit. 2. §. 32.: Regulariter omnes contractus iniri possunt; quidam autem sunt de genere prohibitorum, si scilicet contra claras leges vel bonos mores infringunt; alias, *si legis dispositio clare non prohibeat, in dubeo conuentiones omnimodo firmae manere debent.*

§. 62.
Auf welche Geſetze hiebei Rückſicht zu nehmen.

Um aber von den verbietenden Geſetzen eine gerechte Anwendung zu machen, iſt nöthig, daß man den Handel grade nach den Rechten beurtheile, welche eigentlich dabei zur Regel dienen müſſen; wonächſt eine richtige Erklärung der darin enthaltenen Vorſchriften erfordert wird. So viel das Erſtere anbetrifft, iſt die Regel bekannt, daß die Gültigkeit, oder Ungültigkeit rechtlicher Geſchäfte nach den Geſetzen des Orts zu beſtimmen ſei, wo die Handlungen vorgenommen worden [1]). Dieſer Satz iſt in der gegenwärtigen

1) Huber *de iure ciuitatis* Libr. 3. Sect. 4. Cap. 1. Hertius de colliſione legum, Gieſſae 1688. Hommel Rhapsod. Quaest. Obsceru. 409. *Joh. Theoph.* Seger de vi legum et decretorum in territorio alieno, Lips. 1777. **Weſtphal** teutſches und reichsſtändiſches Privatrecht, Th. 1. S. 32. Glück Erläuterung der Pandect. §. 44. Danz Handb. des heut. deutſch. Privatrechts. Th. 1. §. 53. Die Meinung, daß der Richter die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte lediglich nur nach den Geſetzen ſeines Landes beurtheilen müſſe, welche Voet *Comm.* ad *Pand.* Lib. I. Tit. IV. P. II. de ſtatutis §. 5. sequ. ſehr umſtändlich vorträgt, iſt nicht füglich anzunehmen. Er ſelbſt lenkt auch am Ende wieder ein, wenn er ſich dahin erklärt: *ex ſummo quidem iure* et ratione naturali ſtatuta ultra ſtatuentis territorium operari nil poſſe; mit dem Zuſatze §. 12. etc. communi tamen gentium conſenſu inſuper habitis de iure

Materie ſehr wichtig. Denn nicht nur die in Deutſchland geltenden gemeinen Rechte, ſondern auch die provinzial Geſetze und Statuten eines jeden Landes und Orts enthalten eine Menge Verordnungen, wodurch natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen verboten werden. Da aber dieſe Rechte bekanntlich ſehr von einander abweichen: ſo kann es nicht fehlen, daß in Deutſchen Gerichten vielfältig der Fall eintreten müſſe, da die Geſetze des Orts, wo der Handel getroffen worden, und des Orts, wo geklagt wird, in dieſem Stücke nicht übereinſtimmen, folglich von der obigen Regel Gebrauch zu machen iſt. Sollen unter den Parteien Rechte und Verbindlichkeiten Statt finden, ſo müſſen ihre Rechtsgeſchäfte unter ſolchen Umſtänden geſchloſſen ſein, da ſie dergleichen Wirkung haben konnten. Hieraus folgt, daß ein Vertrag, welchen die Geſetze des Orts, wo er eingegangen iſt, verbieten, auch an andern Orten, wo er ſonſt erlaubt und rechtsverbindlich iſt, nicht als gültig, und klagbar angeſehen werden könne [2].

Alle

iure summo ratiociniis ad validitatem actus sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci, in quo actus geritur, praescripserit obseruandas.

2) Wer an einem Orte, wo die Glücksſpiele dergeſtalt erlaubt ſind, daß auf den Gewinnſt geklagt werden kann, eine Summe Geldes verſpielt, gegen den findet auch an andern Orten, wo die Spiele unterſagt ſind, eine Klage Statt. Denn 1) das Verbot einer natürlich erlaubten

Hand-

Alle Verträge aber, welche da, wo ſie getroffen worden, erlaubt und gültig ſind, behaupten allenthalben den völligen gerichtlichen Effect, und der Beklagte kann ſich nicht damit ſchützen, daß etwa das Ver-

N 5 ſpre-

Handlung, dergleichen das Glücksſpiel unſtreitig iſt, kann ſich nicht extra territorium erſtrecken; der Kläger hat mithin bei Eingehung des Spiels kein Geſetz übertreten; man kann alſo 2) nicht ſagen, daß er aus einem unerlaubten facto agire, und etwas fordere, das wider die Geſetze angeht. Denn dort, wo er contrahirte, war die Handlung erlaubt, mithin liegt dem Beklagten daraus eine natürliche Verbindlichkeit ob. Dieſe iſt der Regel nach in bürgerlichen Gerichten klagbar (§. 59. II.); es kommt auch dem Schuldner um ſo weniger zu ſtatten, daß da, wo er belangt wird, die Spiele verboten ſind; weil dadurch nur derjenige das Recht zu klagen verliert, welcher die Geſetze dieſes Orts übertreten hat. Deſſen hat ſich der Kläger in dem angenommenen Falle nicht ſchuldig gemacht, und wenn daher die Geſetze, welche das Spiel verbieten, nicht zugleich verordnen, daß auch eine an andern Orten gewirkte Spielſchuld nicht klagbar ſein ſolle: ſo darf der Richter die Klage nicht abweiſen (§. 59. III. IV.) Daß aber im umgekehrten Falle, wenn eine Spielſchuld da, wo die Geſetze es verbieten, gewirket worden, an andern Orten, wo es etwa erlaubt iſt, nicht klagbar ſei, folgt aus den obigen Grundſätzen von ſelbſt. Voet a. a. O. §. 14. wirft bei dieſer Gelegenheit die Frage auf: quid statuendum sit, si quis in loco aliquo actum gerens, neglectis loci istius solemnibus, adhibuerit ea, quae domicilii statuta desiderant? Er hält dafür, daß die Handlung in foro domicilii als gültig anzunehmen ſei. Mynsinger hingegen Cent. V. Obs. 20. und Grassus recept. sentent. quaest. 54. n. 24. behaupten, wie ich glaube, mit Recht, das Gegentheil.

ſprechen da, wo geklagt wird, verboten und ungültig ſei [3]). Dieſe Regel iſt jedoch nicht ohne Ausnahmen [4]), wohin vorzüglich zu rechnen: 1) Wenn Unterthanen eines Landes in der Abſicht, um den Geſetzen deſſelben auszuweichen, eine hier verbotene Handlung in einem fremden Lande, wo ſie erlaubt iſt, vollziehen [5]). 2) Wenn das Verſprechen nicht erfüllet werden kann, ohne daß eine Handlung vorgehe, eine Verbindung getroffen werde, die ſchon an ſich nach den Geſetzen unſers Landes durchaus nicht geduldet werden ſoll [6]). 3) Wenn von ſolchen

3) Gerade umgekehrt verhält ſich die Sache in den Fällen, wo der Handel nicht ſowol durch verbietende Geſetze unterſagt, als vielmehr nur das ius agendi dem Gläubiger verweigert worden iſt. Hommel obseru. 409. Jedoch davon im folgenden Abſchnitte mit Mehrerm.

4) Seger Dissertat. cit. §. 5. 6.

5) Hartleben Medit. ad Pandect. Spec. 9. med. 5. **Eichmann Erklärung** des bürgerlichen Rechts, Th. I. p. 159. Voet *Comm. ad Pandect. cit. loc.* §. 14. in den Worten: Quum indignus videatur ullo beneficio, et comitate, qui domicilii iura consulto, ac fraudulenter spreuit, circumuenit, elusit. Quo reducendos existimem eos, qui, quum in domicilii loco obtinerent grauiora chartae sigillatae onera fisco pendenda, ut iura sigilli fraudarent, alio tendunt, ubi ignotum illud tributi genus, actu perfecto ad domicilii locum reuertuntur.

6) Z. B. Wenn Perſonen an einem Orte, wo ihnen die eheliche Verbindung erlaubt war, ſich mit einander verlobt haben, und die **Vollziehung der Ehe** an einem andern Orte, wo ſie ſchlechthin verboten iſt, verlangt wird.

chen auswärtigen Verordnungen die Rede iſt, wodurch erworbenen Rechten, imgleichen der Verfaſſung und den Freiheiten unſers Landes offenbar Eintracht geſchiehet [7].

§. 63.

Ueber die Erklärung und Anwendung dieſer poſitiven Geſetze. (*)

Wenn die Auslegung der Geſetze ein Uebel iſt [1]: ſo iſt es klar, daß unbeſtimmte und zweideutige Geſetze es nicht weniger ſind, als welche nothwendiger Weiſe die Auslegung nach ſich ziehen. Die Rechtsgelehrten pflegen vor allen Dingen die Regel zu empfehlen: 1) **Alle Geſetze, welche die natürliche Freiheit einſchränken, mithin auch diejenigen, welche natürlich erlaubte Handlungen verbieten, ſind ſtrenge zu erklären** [2]. Allein, genau erwogen, iſt auch hier, wie bei aller Auslegung und Anwendung der Geſetze, nur auf den Sinn des Geſetzes Rückſicht zu

7) Seger Dissertat. cit. §. 5. Voet l. c. §. 11.

(*) Bei dieſem und dem folgenden §. iſt überhaupt zu vergleichen: A. F. J. **Thibaut** Theorie der logiſchen Auslegung des Römiſchen Rechts. Altona 1799.

1) **Beccaria** von Verbrechen und Strafen §. 4. 5. **von Tevenar** Verſuch über die Rechtsgelahrtheit. p. 537.

2) *Andr. Florens* Rivinus *de benigna iureconsultorum interpretatione*, Vitemb. 1752. *Joh. Friedr.* Polac *de noxia et incongrua fauorabilium et odiosorum interpretatione*, Francofurti 1728. *Joh. Aug.* Hellfeld *iurispr. forens.* §. 1218.

zu nehmen. Iſt dieſer durch die Worte genau erſchöpft, oder geht er nicht auf alles, was der Ausdruck unter ſich begreift: ſo muß man freilich bald bei den Worten ſtehen bleiben, bald einſchränken; aber nicht gerade darum, weil von einem verbietenden Geſetze die Rede iſt, ſondern weil bei allen dunklen Geſetzen das nämliche eintritt [3]). Sind unſere Richter überhaupt nicht an den Buchſtaben der Geſetze durchaus gebunden ſo iſt nicht abzuſehen, warum bei legibus correctoriis eine Ausnahme gemacht werden ſoll, wenn der Sinn des Geſetzes offenbar weiter geht, als der ſtrenge Wortverſtand. Das gebe ich indeſ-

3) *Joh.* VOET *Comment. ad Pandectas* Tit. de legibus etc. §. 44. in den Worten: Non deſunt, quibus placuit, cancellis adeo anguſtis nouae legis coarctare virtutem, ut legem nouam correctoriam in ſuis terminis propriis ſeruandam, nec ad alios caſus ex rationis paritate, aut identitate, immo nec maioritate, extendendam eſſe contendant. Sed quia non minus de nouis legibus, quam de prioribus, immo magis de nouis, quam de antiquis plenius iam uſu ventilatis, certum eſt, non omnes articulos ſingulatim iis comprehendi poſſe, ac propterea *legis omnis* natura poſtulat, ut probe cognita eius ratione ad ſimilia producatur: non poteſt non ſuadere ſana ratio legum correctoriarum ad ſimiles caſus extenſionem. V. G. FORSTER *de iuris interpret.* Cap. 2. §. 2. ſequ. hat dieſe Grundſätze weiter ausgeführt. Der Fall iſt freilich ein für allemal auszunehmen, wenn ein Geſetz deſſen ungeachtet alle Ausdehnung ſchlechterdings verbieten ſollte. *Joh. Ortw.* WESTENBERG *Princip. iur. ſecund. ord. Digeſt. Tit. de legib.* §. 32.

indeſſen gern zu, daß in zweifelhaften Fällen, wo die ausdehnende Erklärung nichts überwiegendes vor ſich hat, der Richter mehr geneigt ſein müſſe, die gelindere Meinung vorzuziehen [4]. 2) Wenn übrigens der Geſetzgeber eine Handlung, oder einen Vertrag im allgemeinen verboten hat: ſo ſind auch alle dahin gehörigen Unterarten ſo lange als unerlaubt anzuſehen, bis man deutlich zeigen kann, daß dieſe oder jene Species von dem allgemeinen Verbote ausgenommen ſei; oder daß der Grund und die Abſicht des Geſetzes in einer einzelnen Gattung gänzlich wegfalle [5]. Von der eigenthümlichen Bedeutung der Worte und deren gewöhnlichem Umfange iſt nicht eher abzugehen, als bis man deutlich

4) L. 9. D. de Regul. iur.: Semper *in obscuris* quod minimum est, sequimur. L. 3. D. de his quae in testam. del.: In re *dubia* benigniorem interpretationem sequi, non minus iustum est, quam tutius. **Nettelbladt** beſtimmt die ganze Sache in folgenden Worten ſehr genau: Dicitur benigna interpretatio, per quam is sensus pro vero adsumitur, qui legibus naturalibus magis conuenit, quam alter, vel saltim a rigore magis alienus est; eaque locum habet, si adest *ambiguitas*, id est, plures interpretationes *aeque probabiles sunt. System. elem. iurisprud. posit. German. commun. general.* Halae 1781. §. 230.

5) Beiſpiele hievon findet man in meiner Erörterung der Frage: **Wie weit erſtreckt ſich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot der ſogenannten** *legis commissoriae?* Kiel 1784.

deutlich ſiehet, daß der Geſetzgeber ein Anderes gewollt hat [6]). Hieraus iſt nun leicht zu erklären, in wie fern von den beiden bekannten Regeln: **Wo der Grund des Geſetzes nicht Statt findet, da fällt auch die Verordnung deſſelben hinweg** — wiederum: **Wo der Grund des Geſetzes eintritt, da muß auch die Vorſchrift deſſelben beobachtet werden**, in der gegenwärtigen Materie ein Gebrauch zu machen ſei. Es kann dieß mit glücklichem Erfolge geſchehen, wenn der Gegenſtand des Geſetzes in ſeinen Unterarten durch gewiſſe Verhältniſſe dahin beſtimmt wird, daß Zweifel entſtehen, ob das geſetzliche Verbot ſich mit darauf erſtrecke, oder nicht, — wenn eine Handlung an ſich zwar wol eine Gattung derjenigen, die das Geſetz verbietet, ausmachen dürfte, allein die beſondere Beſchaffenheit, wodurch ſie ſich von den übrigen Unterarten trennt, (differentia ſpecifica) auf

ſolchen

6) Voet Tit. de legibus §. 20. in den Worten: Nec aliter a propria verborum ſignificatione recedendum, quam quum manifeſtum eſt, id ſenſiſſe legiſlatorem. Voluiſſe autem hunc a propria vocum ſignificatione abire, colligi poterit tum ex antecedentibus et ſubſequentibus legis verbis, praefatione, epilogo et ſimilibus; tum ex ratione legis, ipſi legi ſubiuncta, tum etiam ex eo, quod verba proprie accepta inuoluerent abſurditatem, impoſſibilitatem, vitium, vel ſignificationem rei gerendae minime aptam.

ſolchen Merkmalen beruhet, welche die Anwendung des Geſetzes zweideutig machen. Hier ſagt man mit Recht: ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio, imgleichen: cessante ratione legis, cessare debet eiusdem dispositio. Auffallend unrichtig aber werden beide Sätze angewandt, wenn man die gelegentliche Veranlaſſung des Geſetzes, mit dem eigentlichen Grunde deſſelben [7]), und beſonders die erſtere Regel, wenn man eine gewiſſe Aehnlichkeit des Grundes mit der Gleichheit deſſelben vermiſcht [8]), und das bürgerliche Verbot auf Handlungen hinausdehnen will, welche von dem Gegenſtande des Geſetzes durch-

7) Die Verordnung des Senatusconsulti Macedoniani iſt anzuwenden, wenn auch der Gläubiger aus Gefälligkeit und ohne Zinſen geliehen haben ſollte, obgleich ein improbus foenerator das Geſetz veranlaßt hat. **Ulpian** unterſcheidet beides bei einer andern Gelegenheit ſehr gut; L. 1. §. 5. D. *de postulando:* Feminas prohibet edictum pro aliis postulare, et *ratio* quidem prohibendi: ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant; — *Origo* vero introducta est a Carfania, improbissima femina, quae inuerecunde postulans, et magistratum inquietans, *cauſam* dedit edicto.

8) Hierüber ſind ganz vorzüglich nachzuleſen: Franzke Comment. ad Pandect. tit. de legibus n. 46. etc. Hartleben ad Leyserum Spec. 2. med. 2. Forster l. c. verb.: Quando manifesta resultaret absurditas, nisi in correctoriis fieret extensio, aut lex nullum sortiretur effectum, si non extenderetur etc. etc.

durchaus verſchieden ſind, und zu einer ganz andern Claſſe von Geſchäften gehören. Es kann ſein, daß der Grund der Verordnung dabei ziemlich zutreffe, allein dieß berechtigt den Richter nicht, ein Mehreres für unerlaubt zu halten, als die Geſetze ſelbſt wirklich verboten haben. Wenn alſo z. B. das Geſetz verbietet, gewiſſen Perſonen Geld anzuleihen, ſo läßt ſich mit Recht nicht behaupten, daß auch derjenige das Geſetz übertreten habe, welcher ihnen kein Geld, ſondern Waaren geborgt hat. Denn immerhin mag der Grund, warum das Erſtere verboten worden, auch bei dem letztern gleichsfalls eintreten, ſo folgt doch daraus höchſtens nur ſo viel, daß der Geſetzgeber das Eine ſo gut, wie das Andere, hätte verbieten können, ja ich will auch die Folge, daß er es billig verbieten müßte, nicht einmal beſtreiten. Allein ſo lange man zugeben muß, daß Geld anleihen, und Waaren auf Credit verkaufen, zwei ganz verſchiedene Dinge ſind, ſo lange kann auch der Richter darum, weil jenes unterſagt iſt, noch nicht ſofort auch das Letztere unerlaubt erklären, ohne einen geſetzwidrigen Eingriff in die Rechte der geſetzgebenden Macht zu thun. Seiner Pflicht und der Gränzen ſeines Amts eingedenk, kann er ſich kein anders Raiſonnement über die Sache erlauben, als dieſes: Damit gewiſſen Leuten die Gelegenheit zur Ausſchweiſung und verſchwen-

ſchwenderiſchen Lebensart genommen werde, hat der Landesherr verboten, ihnen Geld anzuleihen; — es wäre zu wünſchen, daß ihnen auch keine Waaren geborgt werden dürften; jedoch, da die Geſetze hievon nicht reden: ſo iſt es für erlaubt zu halten, bis ſie es wirklich verbieten. [9]). Uebrigens iſt daran gar nicht zu zweifeln, daß 3) **eine Handlung, ob ſie gleich an ſich in einer ganz andern Form, als von welcher in dem verbietenden Geſetze die Rede iſt, er-**

O ſchei-

9) Noch ein Beiſpiel ſolcher unſchicklichen Extenſionen giebt die von vielen angenommene Meinung, daß es den Handwerksleuten, welche bei ihrer Handthierung Geräuſch machen, verboten ſei, in der Nachbarſchaft eines Gelehrten ihre Wohnung zu miethen, damit dieſer in ſeinen Meditationen nicht geſtört werde. In der L. un. C. *de stud. liberal.*, woraus man dieß herleiten will, iſt von Geräuſch machenden Handwerkern, und deren gemietheten Wohnungen nicht ein Wort enthalten. Die Verordnung will nur, daß die Hörſäle in den öffentlichen Gebäuden ſo angelegt werden ſollen, damit kein Docent durch den allzunahen Vortrag eines andern geſtört werde. Unicuique loca specialiter deputata adsignari debent, ne discipuli sibi inuicem possint obstrepere, *vel magistri;* neque linguarum confusio permixta vel vocum aures quorumdam aut mentes a studio litterarum auertat. Man muß alſo, wie ein berühmter Gelehrter richtig bemerkt, eine ſehr ausdehnende Interpretation zu Hülfe nehmen, um jenen Satz aus dieſem Geſetze herzuleiten. Höpfner im theoretiſch-praktiſchen Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 885. imgleichen *C. F.* Walch *controuers. iur. p.* 393. *ed. 2dae.*

ſcheiner, dennoch für unerlaubt, mithin unverbindlich zu halten ſei, wenn erweißlich iſt, daß im Grunde die Abſicht, das Geſetz zu übertreten, dabei obgewaltet, und man nur, um das bürgerliche Verbot zu eludiren, der Sache eine andere Wendung gegeben, das iſt, in fraudem legis gehandelt habe [10]). Wenn Jemand Leuten, denen er kein Geld leihen darf, zu dem Ende Waaren borgt, damit ſie ſich dadurch bei andern baares Geld verſchaffen können, ſo iſt dieſer Handel freilich unerlaubt und unverbindlich, aber nicht ſowol wegen Gleichheit des Grundes bei dem Darlehne und dem Creditiren der Waaren **an ſich**, als vielmehr, weil in der That die Abſicht der Parteien auf den eigentlich verbotenen Gegenſtand ſelbſt gerichtet geweſen iſt, und es ihnen unmöglich freiſtehen kann, durch dergleichen vorſätzliche Einleitungen, den Zweck des Geſetzgebers zu vereiteln. Gleichwie indeß überhaupt demjenigen der Beweiß obliegt, welcher behauptet, daß eine gewiſſe Form der Handlung nur zum Scheine gebraucht, die wahre Abſicht aber auf eine andere Art von Geſchäften gerichtet

10) L. 29. D. de LL.: *Contra* legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, *in fraudem* vero, qui ſaluis verbis, ſententiam eius circumuenit. *Joh.* Voet. Lib. I. Tit. I. §. 6. *Joh. Aug.* Hellfeld iurispr. forens. §. 302.

richtet geweſen ſei [11]), ſo iſt auch am allerwenigſten zu vermuthen, daß eine **rechtswidrige** Intention dabei obgewaltet, und man die gegenwärtige Einrichtung des Geſchäftes nur zu dem Ende beliebt habe, um eine verbotene Sache der Kenntniß des Richters zu entziehen [12]). **Wenn daher 4) die Handlung an ſich [13]) den Geſetzen nicht entgegen iſt: ſo iſt ſie auch allewege ſo lange für gültig und rechtsverbindlich zu erkennen, bis derjenige, von dem ſie angefochten wird, erweiſen kann, daß in der That ein verbotenes Geſchäfte dadurch bezielt worden ſei.** Ob aber gleich im Ganzen die Vermuthung in dieſem Stücke wider ihn iſt, ſo liefert doch oft die indivi-

11) von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civil-Proceß, Seite 32. u. f.

12) L 14. §. 5. D. Qui et a quib. manum.

13) Um bei der bekannten Regel: Quilibet praeſumitur bonus, aller Misdeutung gänzlich zu entgehen, darf man nur folgende Erklärung bemerken. Regula haec pertinet tantum ad quaeſtionem de alicuius facti dubii *commiſſione*, non vero ad facti *regulariter iniuſti*, iuſtificationem; quaſi circumſtantiae ad iuſtificationem pertinentes ſint praeſumendae. Facta, quae *ut plurimum* mala ſunt, bona praeſumi non poſſunt. Regula igitur tunc recte adplicatur, quando aliquis neque actum phyſicum neque moralem confitetur. Qui vero actum phyſicum legibus repugnantem negare non poteſt, de eo etiam praeſumitur, quod moraliter contra leges peccauerit. *Joh. Chriſt.* Quistorp Diſs. *de Moderaminis inculpatae tutelae probatione*, Roſtochii 1765. §. 1.

duelle Beſchaffenheit des Handels, und die nähere Prüfung der dabei eintretenden Nebenumſtände zu ſeinem Vortheile ſolche dringende Wahrſcheinlichkeitsgründe, daß er ſich derſelben zur Führung des ihm obliegenden Beweiſes mit gutem Erfolge bedienen kann [14].

§. 64.

Fortſetzung des vorigen.

Ueber den Mißbrauch der Regel: **Wo der Grund des Geſetzes wegfällt, da kann auch die Verordnung deſſelben nicht eintreten,** habe ich bereits bei einer andern Gelegenheit [1], jedoch damals nur im Vorbeigehen, einige Anmerkungen gemacht. Hier iſt es nöthig, etwas ausführlicher davon zu handeln, weil gerade in den Fällen, welche zu dieſer Materie gehören, die Chikane am mehrſten Gelegenheit nimmt, unter dem Vorwand der gedachten Regel, manche in der That verbotene Handlungen als gerecht und gültig darzuſtellen. Denn eben darum, weil das Factum an ſich, und nach den Vorſchriften des Naturrechts, nicht unerlaubt iſt, wird man deſto leichter der Verſuchung ausgeſetzt, es auch bürgerlich erlaubt, und gültig zu glauben,

14) Beiſpiele davon findet man beim LEYSER Spec. 158. m. 4. u. 5.

1) Meine Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römiſchen Rechts, Seite 64. u. f.

glauben, ſo bald die Anwendung des poſitiven Verbots nur mit irgend einem Scheine kann beſtritten werden. Wenn man die wirklichen Handlungen der Menſchen in concretis betrachtet: ſo kommen ſehr oft Fälle vor, wo bei einzelnen Subjecten der Grund eines allgemein verbietenden Geſetzes wegfällt, und wo man doch ſehr unrecht ſchließen würde, daß darum die Verordnung nicht anwendlich ſei. Z. B. die Hazardſpiele ſind verboten, weil ſie zur Verſchwendung, und zum Müſſiggange führen. Man ſetze nun, daß einige wirklich reiche Leute, denen ein Verluſt von etlichen Ducaten nicht die mindeſte Unbequemlichkeit verurſachen kann, zu ihrer Erholung das verbotene Spiel mitgemacht haben. Sollten dieſe wol der geſetzlichen Strafe entgehen können? Sicher nicht. Ein Handel mit Minderjährigen ohne Vormund iſt darum noch nicht für gültig zu achten, weil etwa dieſer Minderjährige ſchon hinlängliche Beurtheilungskraft, Erfahrung und Kenntniß beſitzen mag, und bei ihm die jugendliche Uebereilung, mithin der Grund des Geſetzes nicht anzunehmen iſt. Dagegen darf er die Geſchäfte nicht anfechten, die er zwar ohne Vormund, jedoch als Meiſter einer gewiſſen Kunſt oder Handthierung geſchloſſen hat; ob es gleich ſo ausgemacht noch nicht iſt, daß bei aller Geſchicklichkeit in einem beſondern Gewerbe, dennoch die jugendliche Flüchtigkeit nicht einen ſchädlichen

Einfluß auf den Handel gehabt haben ſollte. Worin liegt die Verſchiedenheit? Von dem fehlenden Grunde des Geſetzes iſt auf die Unanwendlichkeit deſſelben nur zu ſchließen, wenn nach der Beſchaffenheit des vorkommenden Falles die ganze Abſicht des Geſetzgebers wegfällt [2]). Wenn aber dieſe dahin geht, daß eine gewiſſe Handlung eben darum allgemein verboten und ungültig ſein ſoll, weil ſie der Regel nach nichts taugt: ſo iſt 5) **von der Anwendung eines allgemein verbietenden Geſetzes in einzelnen Fällen darum noch keine Ausnahme zu machen, weil etwa ein oder anderes** *indiuiduum* **diejenige Beſchaffenheit nicht haben ſollte, welche ſonſt gewöhnlich bei Perſonen, Sachen und Handlungen dieſer Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Bewegrund des Geſetzes ausmacht.** Der Schwierigkeiten in der Anwendung nicht zu gedenken [3]), würde es vielmehr unſtreitig widerſprechend, und der Abſicht des Geſetzgebers entgegen ſein, wenn man hierauf Rückſicht nehmen wollte. Die Legislation kann hier nur auf das Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge, ihr Augenmerk

2) *Jac.* Voorda interpretat. et emendat. iur. Rom. Lib. I, cap. I.

3) Ob zum Beiſpiele der Minderjährige wirklich die Einſicht und Kenntniß beſitze, die ihm zugeeignet wird?

merk richten [4]), kann ihre Vorſchriften nicht auf die Eigenheit eines jeden beſondern Falles, ſondern nur auf ſolche Verhältniſſe und Folgen bauen, welche die Dinge gemeiniglich haben [5]). Und wenn gleich unter dem allgemeinen Gegenſtande des Geſetzes manches Individuum vorkommt, wobei die Umſtände, welche der Geſetzgeber als gewöhnlich vorausſetzt, nicht zutreffen, die Folgen, welche gemeiniglich damit verknüpft ſind, nicht zu befürchten ſtehen, ſo erfordert es doch die Sicherheit des gemeinen Weſens, ja die ganze Abſicht und das Anſehen der Legislation, daß einer allgemeinen Verordnung durchgängig nachgelebt, mithin auch eine willkührliche

4) L. 5. D. de Legibus: *Ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eueniunt.*

5) L. 4. D. eod.: *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.* L. 8. D. eod: *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.* *Chr.* THOMASIUS Diss. *de legitima viuentis*, Cap. 3. §. 4. *Jos.* AUERANIUS interpretat. iur. Lib. 5. cap. 10. n. 2. etc. etc. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. Nr. 104. u. 120. Nach dieſen Grundſätzen iſt allerdings in vorkommenden Fällen die Frage: ob eine Handlung erlaubt und gültig ſei? zu beurtheilen. Daß übrigens der Criminalrichter auf jede auch individuellen Eigenſchaften und Verhältniſſe Rückſicht nehmen müſſe, inſofern die Moralität der Handlung, mithin die Strafwürdigkeit überhaupt davon abhangt, verſteht ſich von ſelbſt. BOEMER Meditat. ad C. C. C. Art. 179. §. 1. ꝛc.

Handlung, welche ſchädliche Folgen haben **kann**, und eben darum verboten worden iſt, durchgängig unterlaſſen, nicht aber den Mitgliedern des Staats freigeſtellt werde, das Geſetz unbeobachtet zu laſſen, wenn nach **ihrer**, oft irrigen Meinung, die Sache unter den damaligen Umſtänden nicht für nachtheilig zu achten ſein ſollte [6]. 6) **Wenn hingegen die Urſache, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung wegfallen ſoll, nicht aus jenen bloß individuellen und außerordentlichen Eigenſchaften gewiſſer Subjecte hergenommen wird, ſondern wenn andere Verhältniſſe hinzukommen, welche im Allgemeinen ſchon durch die Natur der Sache, oder die Vorſchrift anderer Geſetze dergeſtalt beſtimmt ſind, daß bei ihnen gerade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Bewegrund einer allgemeinen Verordnung aus**=

6) Das Verbot, nicht mit brennender Tobackspfeiſe an öffentlichen Oertern, in Ställen, Scheuren und Waldungen zu gehen, iſt zur gemeinen Sicherheit höchſtnothwendig. Wer alſo dieſe Handlung unternimmt, dem wird die Ausflucht, daß er mit aller nöthigen Vorſicht zu Werke gegangen ſei, und unmöglich Schaden dadurch hätte verurſacht werden können, in keine Wege zu ſtatten kommen, weil dergleichen angebliche Vorſorge viel zu unſicher und ſchwankend iſt, als daß der Staat bei einer gefährlichen Handlung es darauf ankommen laſſen und ſich dabei völlig beruhigen könnte.

ausmacht, ſo kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Geſetzes auf die Unanwendlichkeit deſſelben geſchloſſen werden. Hat nemlich der Geſetzgeber nicht ausdrücklich vorgeſchrieben, daß ſeine Verordnung nichts deſto weniger auf dergleichen Fälle ebenfalls angewandt werden ſollte, ſo muß man billig annehmen, daß er in Anſehung ihrer es bei dem bewenden laſſen wolle, was die Natur der Sache und beſondere Geſetze darüber beſtimmen, und zwar um ſo mehr, weil gemeiniglich in Fällen dieſer Art die Legislation mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathen würde, wenn man ihre Vorſchriften anders erklären wollte [7]. In den

7) Dieß iſt nun der Fall mit dem Minderjährigen, welcher als Meiſter einer gewiſſen Kunſt gehandelt hat. Hier fällt der Grund des Geſetzes weg, allein nicht, weil gerade dieſer minor von der jugendlichen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht, ſondern weil der Handel ſich auf ein bürgerliches Verhältniß beziehet, wobei eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die allgemeinen Geſetze von Geſchäften ſolcher Perſonen ſich gründen. Darf der Minderjährige eine gewiſſe Kunſt, eine gewiſſe Handthierung öffentlich treiben: ſo würde ſich die Legislation widerſprechen, wenn ſie ihm auf der andern Seite in Anſehung eines ſolchen Gewerbes die erforderliche Einſicht und Kenntniß nicht zueignen wollte. Durch ausdrückliche Geſetze iſt es inzwiſchen nicht beſtimmt, daß in Fällen dieſer Art die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht Statt finden ſollte; wenn gleich einige aus L. 6. C. *de muneribus patrim.* L. 1. C. *de his qui ven. aet.* L. 3. C. *si minor se maiorem.* ſolches herleiten wollen;

mehreſten Fällen wird man vermittelſt dieſer beiden Grundſätze einer unſchicklichen Anwendung der obi-

gen

wollen; daher auch LAUTERBACH de iure in curia mercatorum uſitato §. 46. die ganze Lehre in puncto iuris, wie er ſich ausdruckt, für unrichtig hält, und ſich nur als ein Gewohnheitsrecht gelten laſſen will, zu welcher Quelle mit ihm auch andere Rechtslehrer in dieſem Stücke ihre Zuflucht nehmen: MEVIUS *ad ius Lubec.* P. 3. Tit. 6. Art. 21. n. 26. STRACCHA *de Mercatura* p. 3. n. 26. LEYSER Spec. 60. Med. 6. 7. 8. Ich glaube aber, daß es weder nöthig, noch zuträglich ſei, zur Beſtärkung ſolcher Wahrheiten, welche durch vernünftige Auslegung geſchriebener Geſetze, und Analogie des Rechts erweißlich ſind, ein mißliches Gewohnheitsrecht herbeizurufen. Denn was aus jenen hergeleitet werden kann, bedarf der Gewohnheiten und Obſervanzen nicht. Dieſe ſind überdem ungewiß, und meiſtens ſchwer zu beweiſen, wenn man die Rechtslehrer nicht als unverwerfliche Zeugen davon gelten laſſen will. Eine Erfahrung, welche ſich ſelbſt in der gegenwärtigen Materie ſogleich beſtätigt. Denn die angeführten Rechtsgelehrten getrauen ſich ſchon nicht, das wirkliche Daſein der gedachten Gewohnheit im allgemeinen, ſondern nur in Anſehung der minderjährigen Kaufleute zu behaupten. Und hierauf fangen ſie allererſt an, ex ratione iuris weiter zu argumentiren, wie es die Stelle ergiebt, welche LEYSER am angezeigten Orte aus einem Gutachten ſeiner Facultät anführt: „Nun mag zwar „nach eingeführter Gewohnheit ein minderjähriger „Kaufmann in Sachen, ſo die Kaufmannſchaft angehen, „wider einen getroffenen Handel keinesweges reſtitutio-„nem in integrum ſuchen, welches ex identitate ra-„tionis nicht unbillig auf die Handwerksleute in denen „ihr Handwerk betreffenden Handlungen erſtreckt wird.“ — Man kann die Sache weit kürzer faſſen, und wird

ſie

gen Regel ſehr leicht entgehen können. Man kann aber, um die Sache von allen Seiten zu berichtigen, folgendes annoch hinzufügen: 7) **Wenn die Geſeze eine Handlung, die an ſich und nach dem Naturrechte nicht unerlaubt iſt, verbieten, und ſolche ungültig erklären: ſo geſchiehet es gemeiniglich darum, weil ſie leicht üble Folgen nach ſich ziehen kann, weil ſie gemißbraucht werden kann; nicht aber allein nur in ſo fern wirklich üble Folgen damit ver-**

ſie gewiß ungleich genauer treffen, wenn man ſie lediglich nur auf folgenden ungezweifelten Grundſatz zurück führt: Was die Geſetze von den Rechtsgeſchäften der Minderjährigen aus der Urſache verordnen, weil ſie einen Mangel an geſetzter Ueberlegung und gehöriger Kenntniß bei ihnen vorausſetzen, das kann unmöglich auf diejenigen Verhältniſſe angewandt werden, in welchen der Staat ſelbſt den Minderjährigen für einen Meiſter einer gewiſſen Kunſt, eines gewiſſen Gewerbes oder Handthierung öffentlich anerkennet. — Hieraus folgt nun a), daß dieſes nicht allein von Kaufleuten, ſondern von allen übrigen Künſten und Gewerben gelten müſſe, zum Beiſpiele wenn ein Minderjähriger die Doctorwürde erhalten hat; oder als Advocat und Procurator bei einem Gerichte angenommen worden iſt. Voet *Comment.* ad Pand. Lib. IV. Tit. IV. §. 50. Vinnius ſelect. Quaest. Lib. I. c. 13. b) Daß es nur von denen Minderjährigen zu verſtehen ſei, welche **öffentlich** dazu autoriſiret worden ſind, eine gewiſſe Kunſt oder Profeſſion im Staate treiben zu dürfen. Hellfeld iurispr. forens. §. 449. Hat man hingegen keinen andern Grund, als die Praxis und das Gewohnheitsrecht, ſo bleibt die Sache ſchwankend und ungewiß.

verknüpft ſind, die Handlung wirklich gemiß⸗braucht worden iſt. Es iſt daher vergeblich, wenn man, um dem Geſetze auszuweichen, beweiſen will, der gegenwärtige Vorgang hätte keine nachthei⸗lige Folgen zuwege gebracht, z. B. wenn reiche Leute Pharao geſpielt haben; — er ſei nicht gemisbraucht worden; z. B. eine Frau hätte mit völliger Freiheit und Ueberlegung, ohne dazu beredet zu ſein, ſich ver⸗bürget. Die Abſicht der Geſetzgebung geht unſtrei⸗tig dahin, Mißbräuche, die entſtehen können, zu verhüten, und eben darum iſt es beſſer, daß eine Handlung, welche dergleichen leicht befürchten läßt, durchgängig nachbleibe, als daß die Geſetze dann erſt, wenn der Vorgang wirklich Schaden angerichtet hat, ihren Beiſtand verſprechen [8]). Geſetzt nun auch, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, die Fälle, da die Handlung wirklich nachtheilige Fol⸗gen hat, oder gemißbraucht wird, ſeltner ſind, als das Gegentheil: ſo erfordert es doch oft das gemeine Beßte, daß auch zu ſolchen, wenn gleich nicht ganz gewöhn⸗

8) Voet. Tit. de Legib. §. 5. Ich kann daher denen nicht beipflichten, welche dafür halten, daß lex commissoria bei Verpfändungen nur in ſo fern verboten ſei, als wirklich ein unerlaubter Wucher dadurch begangen wird; indem die Geſetze den erwähnten Vertrag in ſeinem ganzen Umfange überhaupt verbieten, weil er ſehr leicht zum Vortheile eines gewinnſüchtigen Gläubigers und zum Schaden des in Verlegenheit ſich findenden Schuldners gemißbraucht werden kann.

gewöhnlichen Fällen, die Gelegenheit durch ein allgemeines Verbot verhütet werde [9]. Unrecht iſt es daher, wenn man dasjenige, was der Geſetzgeber zum Grunde ſeiner Verordnung anführt, nur als eine beſondere Beſtimmung (differentia et determinatio ſpecifica) gewiſſer Fälle, worauf ſich das Verbot nur beſchränken ſoll, betrachtet, und dadurch den Uebertreter des Geſetzes veranlaſſet, wol gar einen Beweiß zu fordern, daß bei ſeiner Handlung jene beſondere Beſtimmung wirklich zutreffe. So z. B. iſt in Mecklenburg den Landbegüterten zwar die Verlegung und Niederlegung einzelner Bauren und Hüfner freigelaſſen, jedoch in Anſehung ganzer Dörfer folgendes geordnet worden: **So viel aber die gänzliche Niederlegung der Dörfer und Bauerſchaften betrift: aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entſtehet; ſo ſoll ſolche eigenmächtige Niederlegung eines Dorfs, an ſich in der Regel gänzlich verboten, hingegen ein jeder Eigenthums-**

9) Voet l. c. Neceſſitas pariter ac utilitas publica ſaepe exigit, ob crimen vitiumque in *paucos* forte cadens, legem in omnes promiscue ſanciri. Quod ſi cui durum atque abſurdum uideatur, aequali iure cum improbis cenſeri bonos, cogitet, longe fore abſurdius, impunita per leges eſſe maleficia, aut quibusdam, lubrico aetatis luxuque res ſuas perire, quae tamen euenirent, ſi non in omnes lex lata eſſet. Argum. L. 51. §. 2. D. ad L. Aquil.

thumsherr ſchuldig ſein, ſolches ſein Vorhaben jedesmal zuerſt dem engern Ausſchuß anzuzeigen, welcher ſodann an Uns davon ſeinen gutachtlichen Bericht abſtattet, damit Wir darauf wegen einer ſolchen, bei einem Gute vorgehenden, in das allgemeine Beſte einſchlagenden Hauptveränderung, die Nothdurft weiter Landesfürſtlich verfügen können [10]). Hier, ſagt man, iſt die eigenmächtige Niederlegung ganzer Dörfer nicht durchgängig und überhaupt, ſondern nur die beſondere Species, aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entſtehet, verboten. Wenn alſo der Guthsherr ein ganzes Dorf niedergelegt hat, ohne ſolches vorher gehörig anzuzeigen, und die Landesfürſtliche Beſtimmung zu erwarten, ſo hat er darum die den Uebertretern des Landesvergleichs überhaupt beſtimmte Strafe noch nicht ſogleich verwirkt; ſondern es muß erſt bewieſen werden, daß mit ſeiner Unternehmung wirklich eine Verminderung und Verarmung der Unterthanen verknüpft ſei. Nach dieſer Erklärung würde zuvörderſt die ganze Vorſchrift in der That dahin gehen, daß eine wirkliche Verminderung und Verarmung der Unterthanen nur nicht ohne Landesherrliche Beſtätigung geſchehen dürfe

10) Der Mecklenburgſche Landesgrundgeſetzliche Erbvergleich §. 380. Elſäſſer in Beiträgen zum Kanzleiweſen p. 41.

dürfe —. Die Worte des Geſetzes beſtimmen aber ausdrücklich, daß die eigenmächtige Niederlegung eines Dorfs **in der Regel gänzlich** verboten, hingegen **ein jeder** Eigenthumsherr ſchuldig ſein ſoll, ſolches ſein Vorhaben **jedesmal** zuerſt dem Engern Ausſchuß anzuzeigen. Kein Eigenthumsherr iſt alſo befugt, ohne ſolche vorherige Anzeige, und darauf erfolgte Landesfürſtliche Einwilligung die Niederlegung eines ganzen Dorfs vorzunehmen; auch ſelbſt in dem Falle nicht, wenn nach Beſchaffenheit der Umſtände wirklich keine Verminderung oder Verarmung der Unterthanen damit verknüpft ſein ſollte. Dieß iſt eine Sache, die dem alleinigen Ermeſſen des Guthsherrn unmöglich überlaſſen werden kann, ſondern lediglich von der Beſtimmung des Landesherrn abhängt. Man ſieht hieraus, wie ſehr die Worte: **Aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entſtehet**, gemißdeutet werden. Sie enthalten offenbar nichts anders, als **den Grund**, warum Niemand die Handlung eigenmächtig unternehmen ſoll. Wenn inzwiſchen ein Geſetz offenbar nur den wirklichen Mißbrauch einer ſonſt natürlich erlaubten Handlung verwerfen ſollte, ſo würde es nicht weniger ungerecht ſein, wenn man darum die ganze Handlung durchgängig als verboten und ungültig anſehen wollte. Diejenigen, welche behaupten, daß der Arzt von

dem Kranken, deſſen Heilung er zu beſorgen hat, nichts kaufen dürfe, machen ſich dieſer unſchicklichen Auslegung der Geſetze ſchuldig [11]).

§. 65.

Claſſification der einzelnen hieher gehörenden Fälle. Erſte Claſſe.

Nach dieſer Vorausſetzung wenden wir uns nunmehr zur nähern Betrachtung der einzelnen hieher gehörenden Fälle ſelbſt. Wir würden aber die Gränzen dieſer Schrift ungebürlich überſchreiten, wenn wir jeden beſondern Gegenſtand in ſeinem ganzen Umfang vollſtändig erörtern, und alles, was in Rückſicht deſſelben Rechtens iſt, pünktlich vortragen wollten. Dieß mögen die Lehrbücher und andere Schriften ergänzen.

11) L. 3. D. de extraord. cognit., woraus man ſolches gewöhnlich herleiten will, erklärt den Kauf nur in dem Falle für ungültig, wenn der gewinnſüchtige Arzt den Kranken auf eine ungebührliche Art dazu vermocht hätte; Si Medicus, ſo lauten die eigenen Worte, cui curandos ſuos oculos, qui eis laborabat, commiſerat, periculum amittendorum eorum per aduerſa medicamenta inferendo, *compulit*, ut ei poſſeſſiones ſuas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum praeſes prouinciae coerceat, remque reſtitui iubeat —. Leyser Spec. 189. M. 8. bemerkt daher richtig: Noluit Ulpianus in iſta Lege 3. ius generale facere, verum tantum improbitatem, eius, medici coercere; Es liegt alſo dem, der einen ſolchen Kauf anfechten will, der Beweiß ob, daß der Arzt die Einwilligung des Kranken durch unlautere Mittel bewirkt habe, worüber jedoch Leyſer a. O. weiter nachzuleſen iſt.

gänzen. Unſer Zweck erfordert nur, die Sache überhaupt auf allgemeine Regeln und Grundſätze zurückzuführen, einen richtigen Plan zur Ueberſicht des Ganzen vorzuzeichnen, und eben dadurch den Mängeln abzuhelfen, welche in dieſer Hinſicht dem Syſteme des Civilrechts noch anzukleben ſcheinen. Da die Gründe, wodurch der bürgerliche Geſetzgeber bewogen wird, eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung zu verbieten, und ungültig zu erklären, mancherlei ſind, und eben daher das Reſultat nicht immer eben daſſelbe iſt, ſo läßt ſich hieraus am ſchicklichſten eine Claſſification der einzelnen Fälle entwerfen. Der Grund des bürgerlichen Verbots iſt entweder aus der Handlung an ſich, ohne Rückſicht auf die Perſon der Contrahenten, oder aus dem perſönlichen Verhältniſſe derſelben herzuleiten; da denn im letztern Falle, einige Perſonen zu ihrem eigenen Beßten von allen oder einigen rechtlichen Handlungen ausgeſchloſſen ſind, andere hingegen nicht ſowol aus dieſer Urſache, ſondern weil es außerdem die gemeine Wohlfahrt erfordert, ihnen die Eingehung gewiſſer Rechtsgeſchäfte nicht zu geſtatten. Hieraus ergiebt ſich, daß alle einzelnen Fälle, welche hieher gehören, füglich in drei Claſſen geordnet werden können. Die Erſte begreift Handlungen, welche allgemein verboten ſind, weil die uneingeſchränkte Freiheit, ſie zu unternehmen, mit nachtheiligen Folgen

P ver-

verknüpft ſein kann. Hieher gehören: 1) Die ſogenannten Glücks- oder Hazardſpiele [1]), auch die künſt-

1) *L.* 3. *C. de Aleatoribus* in den Worten: nulli liceat, in publicis *vel priuatis domibus* vel locis ludere; et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio sed solutum reddatur. Ob dieſe Verordnung noch heutiges Tages anwendlich ſei, darüber ſind die Rechtsgelehrten ſich nicht einig. **Schoepfer** ſagt: Supposito fundamento, ludos hodie a principe tolerari et adprobari, sequitur validam quoque actionem hodie inde concedi; Synops. Pand. Lib. XI. Tit. V. n. 19. und Beyer in Delineat. D. Lib. XI. Tit. V. drückt ſich darüber ſo aus; Ludunt principes cum nobilibus et aulicis, ludunt magistratus cum subditis, hos certe chartis et taxillis ludere sciunt; sciunt chartas et tabulas lusorias publice vendi, sciunt opifices iisdem conficiendis incumbere, iisque priuilegia monopolii concedunt, unde patet ludos fortunae hodie non prohibitos esse. Allein genau erwogen, behält doch immer die entgegen ſtehende Meinung ein weit ſtärkeres Gewicht. Denn obgleich an Höfen und in Beiſein der Fürſten und Magiſtratsperſonen geſpielet wird, ſo kann dem Richter doch nur das Geſetz, nicht aber das Beiſpiel der Großen zur Richtſchnur dienen. Man fragt nicht, was geſchieht, ſondern was geſchehen ſollte. Beſſer wäre es freilich, wenn diejenigen, welche über die Beobachtung der Geſetze wachen ſollen, nicht ſelbſt durch Duldung öffentlicher Unordnungen den Nachdruck und das Anſehen der Geſetze minderten. Allein das alles kann und darf doch den Richter nicht abhalten, genau nach den Geſetzen, deren Diener er iſt, zu verfahren; zumal, da wol Niemand behaupten wird, daß der Grund, warum die Spiele dem Römiſchen Geſetzgeber ſo verhaßt waren, heutiges Tages wegfallen ſollte. Die Spielſucht iſt und bleibt eine

künſtlichen Spiele, ludi artis, in ſo fern zu hoch geſpielt worden ²). 2) Der unerlaubte Wucher, usuraria prauitas ³). 3) Der commiſſoriſche Ver-

 trag

eine Sache, welche viel Unheil nach ſich ziehet, und von der man noch immer mit Juſtinian ſagen kann: pro tempore abiit in lacrymas. Saepe enim ludentes proprias substantias perdiderunt, die noctuque ludendo. Consequentur autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur etc. *L.* 3. *C. de Aleator* — daß übrigens auch im Römiſchen Staate beſonders die Großen den Glücksſpielen ſehr ergeben waren, davon kann unter Andern Auguſt zum Beiſpiele dienen. SUETONII *Octavius* c. 71. giebt darüber einige unterhaltende Nachrichten.

2) Cit. L. 3. C. *de Aleatoribus* in den Worten: Sed nec permittimus in his ultra unum solidum ludere, si multum diues sit, ut si quem vinci contigerit, casum grauem non sustineat; von welcher Verordnung Struben in ſeinen rechtlichen Bedenken Th. 4. Num. 131. auf das Billiardſpiel die Anwendung macht. Siehe auch SCHILTER Exerc. 21. §. 21. Mit den Glücksſpielen haben zwar die Wetten viel ähnliches. Gleichwol iſt der Schluß vom Verbot der erſtern auf die Ungültigkeit der letztern, wozu einige Rechtslehrer, z. B. STRYK us. mod. XI. 5. 21. und VOET comm. ad Pand. ibid. n. 8. durch die L. 3. D. de aleator. ſind verleitet worden, ſehr unrichtig. Leyſer hat mittelſt richtiger Erklärung dieſes Geſetzes jenen Irrthum widerlegt, Spec. 127. med. 1. etc. Ueberhaupt aber iſt die Lehre von den Wetten, und deren Rechtsverbindlichkeit treflich erläutert in den Beiträgen zur Juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten, 2te Sammlung. p. 70. ꝛc.

3) Obgleich die Frage: wie viel Zinſen man nehmen dürfe? nach Römiſchen Rechten in Rückſicht auf den Stand des Gläu-

trag bei Verpfändungen [4]). 4) Der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten, ohne richterlichen Conſens,

Gläubigers verſchiedentlich zu beantworten iſt: L. 26. §. 1. C. *de usur.* Westenberg princ. iur. Lib. 22. Tit. 1. §. 20. 21., ſo kommt es doch vermöge der Deutſchen Reichsgeſetze auf dieſen Unterſchied gar nicht weiter an. Nach der allgemeinen Vorſchrift des R. A. vom J. 1654. §. 174. ſind durchgängig nur 5 Procent als ordentliche Zinſen erlaubt. Man ſucht zwar den 6ten Zinsthaler noch immer zu vertheidigen, weil ihn 1) das Römiſche Recht erlaubt, und 2) die Reichsgeſetze, welche nur 5 von Hundert geſtatten, vor dem jüngſten Reichsabſchiede entweder bloß von ſogenannten wiederkäuflichen Gülten, oder nur vom interesse morae, nicht aber von vertragsmäßigen Zinſen beim Darlehne überhaupt redeten; 3) der neueſte Reichsabſchied aber an gedachter Stelle nur als ein Zeitgeſetz den Schuldnern, welche durch den 30jährigen Krieg zurückgekommen wären, zu Statten kommen ſollte. von Meiern Gedanken über die Rechtmäßigkeit des 6ten Zinsthalers; Hufeland Beiträge zur Berichtigung der poſitiven Rechtswiſſenſchaften. 1tes Stück. Nr. 2. Hugo Civil. Magazin, II. Band, 2. Heft, Nr. 7. Dagegen aber hat **Gerſtlacher** im Handbuche der Deutſchen Reichsgeſetze 10ten Bande p. 2119.ꝛc. ſehr überzeugend dargethan, daß ſchon die ältern Reichsgeſetze namentlich die Polizeiordnungen von 1448, 1530, und 1577 die Zinſen über 5 von Hundert überhaupt für wucherlich erklärt, und verboten hätten, und daß der neueſte Reichsabſchied §. 174. allerdings als eine Beſtätigung dieſer vorhin ſchon beſtandenen, und für bekannt angenommenen Generalregel anzuſehen ſei.

4) L. ult. C. de pact. pign. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri; si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum

ſens, entſagt wird [s]). 5) Die Verabredung, daß Statt der auf einen Proceß vorgeſchoſſenen Koſten und geſetzmäßigen Zinſen davon, ein Theil des ge-

cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt. *Joh. Guil. van* Muschenbroeck Diss. de Lege commissoria in pignore, Lugd. Batav. 1752. beim **Oelrichs** in nov. thes. Diss. Vol. I. T. 2. pag. 635. Meine Erläuterung der Frage: Wie weit erſtreckt ſich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot der ſogenannten *Legis commissoriae?* Kiel 1784.

s) *L.* 8. *C. de transact.*: De alimentis praeteritis, si quaestio deferatur, transigi potest, de futuris autem sine Praetore siue Praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris sensetur. *L.* 8. *pr. D. eod.*: Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti; Diuus Marcus Oratione in senatu habita effecit etc. *Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam auctore Praetore facta* etc. *Nic. Hieron.* Gundling *de Transact. stabilitate et instabilitate*, Halae 1719. Viele halten auch dafür, daß Streitigkeiten über ein Teſtament nicht gültig und verbindlich verglichen werden können, wofern nicht zuvor das Teſtament vorgelegt und von den Parteien geleſen worden. Daß aber die Worte des **Cajus** in L. 6. D. de transact.: De his controuersiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti; keine eigentliche geſetzliche Vorſchrift (verba dispositiua) enthalten, ergiebt ſich aus der L. 1. D. Quemadm. testam. aper., wo man ſie in ihrem ganzen Zuſammenhange antrifft. Ausführlich handeln hievon Eckhard hermeneut. iur. Lib. I. Cap. V. §. 172. und 73. und daſelbſt **Walch** in den Noten.

wonnenen Vermögens gezahlt werden ſoll [6]. 6) Der Ankauf noch nicht eingeerndteter Früchte, für eine geringere Summe, als der Marktgängige Preiß nach erfolgtem Einſchnitte mit ſich bringet [7]. 7) Die Schenkung über 500 Soliden ohne gerichtliche Inſinuation [8].

§. 66.

6) L. 53. D. de pactis: Sumtus quidem prorogare litiganti honestum est; pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis, restituatur, sed pars dimidia eius, quod ex ea lite datum erit, non licet. Ueber dieſes Verbot, welches in Anſehung der Advocaten noch weiter geht (§. 67.) enthält der **Verſuch eines Auszugs der Römiſchen Geſetze**, Breslau 1783. Seite 107. in der 10ten Anmerkung ein gutes Raiſonnement.

7) R. P. O. v. J. 1548. Tit. 17. §. 1. Heineccius de venditione illicita fructuum in herbis, Halae 1738. in Op. T. II. p. 275.

8) L. 27. C. de donat.: Data iam pridem lege statuimus, ut donationes interueniente actorum testificatione conficiantur, quod vel maxime inter necessarias coniunctasque personas conuenit custodiri. Siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quiduis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id, quod vere gestum est, aboleri. Juſtinian ſchränkte dieſe allgemeine Verordnung anfangs auf diejenigen Schenkungen ein, welche über 300 Soliden hinausgingen, L. 34. C. eod.; und endlich ſetzte er die Summe von 500 Soliden veſt. L. 36. §. ult. C. eod.: Caeteris etiam donationibus, quae gestis interuenientibus minime sunt insinuatae sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris. Es iſt aber unter den Gelehrten noch nicht ausgemacht, ob die wahre Abſicht dieſes Verbots nur dahin gehe,

damit

§. 66.

Fortſetzung des vorigen; zweite Claſſe.

Zur zweiten Claſſe, wo gewiſſen Perſonen die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, **zu ihrem eigenen Beßten** bald gänzlich, bald nur in Rückſicht auf einige Rechtsgeſchäfte genommen wird, weil die Geſetze annehmen, daß ihnen die gehörige Einſicht, Ueberlegung und Freiheit des Willens abgehen, oder ſie doch wenigſtens der Uebereilung, und ungebührlicher Verleitung vorzüglich ausgeſetzt ſind, gehören 1) die Geſchäfte der Unmündigen und Minderjährigen [1]), imgleichen 2) ſolcher Perſonen,

damit Niemand ſich durch übermäßige Schenkungen ruiniren ſolle, oder damit der ernſtliche und freie Wille des Schenkers außer Zweifel geſetzt werde. Die mehrſten glauben das erſtere, CLAPROTH *iurispr.* extraiud. §. 196. Doch ſcheint das letztere dem Inhalte der angeführten L. 24. C. de donat. angemeſſener zu ſein. **Hoepfner in theoretiſch praktiſchen Commentar über die Heineccíſchen Inſtitutionen** §. 413. Man ſieht ſehr leicht, daß in Anſehung der Richterlichen Unterſuchung und Beſtätigung erhebliche Folgen davon abhängen, ob man das Eine oder das Andere zum Grunde legt.

1) L. 189. D. de reg. iur.: pupillos nec velle, nec nolle in ea aetate, niſi adpoſita tutoris auctoritate, creditur. §. 1. 2. I. Quib. al. lic. vel non: Sic admonendi ſumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poſſe, ſic et ſoluere non poſſunt, *quum nullius rei alienatio eis ſine tutoris auctoritate conceſſa ſit.* —

welche gerichtlich für Verſchwender declarirt ſind, ohne Einwilligung der Vormünder [2]); 3) die Bürgſchaft und ſonſtige Interceſſionen der Frauensperſonen [3]); 4) nach verſchiedenen provinzial Geſetzen, und ſtatutariſchen Rechten alle Rechtsgeſchäfte der Weiber, ohne Zuziehung des ihnen beigeordneten Curators [4]).

§. 67.

L. 3. C. de in integr. rest.: Si *curatorem habens* minor XXV. annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet, *quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est.*

2) L. 1. D. de curatorib. furios.: Lege duodecim Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. L. 6. D. de uerb. obl.: Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari. Leyser Spec. 349. Med. 1. 2.

3) L. 1. pr. D. ad S. C. Velleian.: Hoc Senatusconsulto plenissime comprehensum est, *ne pro ullo feminae intercederent.* L. 16. §. 1. ibid. verb.: totam obligationem Senatus improbat. Paullus Lib. 2. recept. sentent. Tit. 11.: In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris, quam pro feminis intercedere mulieres *prohibentur.* L. 2. pr. et in fin. L. 14. 16. pr. §. 1. L. 32. §. 2. D. ad S. C. Velleian. Den wahren Grund dieſer Römiſchen Geſetze habe ich in meinen Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 1ſtem Stück Nr. 3. etwas näher beſtimmt.

4) Mevius *ad ius Lubecense* Lib. 1. Tit. 10. Art. 3.

§. 67.

Fernere Fortſetzung. Dritte Claſſe.

Zur dritten und letzten Claſſe rechnen wir endlich diejenigen Fälle, wo das bürgerliche Verbot zwar auch nur gewiſſe Perſonen betrifft, jedoch nicht zum eigenen Beßten derſelben, nicht — weil die Geſetze bei ihnen einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zum contrahiren, vermuthen, oder eine vorzügliche Gefahr der Verletzung befürchten, ſondern weil es ſonſt die gemeine Wolfahrt erfordert, ſie von dieſen oder jenen rechtlichen Handlungen gänzlich zu entfernen. So z. B. ſind 1) nach verſchiedenen Rechten vom Erwerb unbeweglicher Güter ausgeſchloſſen alle Fremde [1]), Kirchen, Klöſter [2]) und Juden [3]); ferner darf 2) keinem Chriſten die

1) **Lübeckſches Recht**, Lib. 1. Tit. 2. Art. 5. Mevius in Comment. ad I. L. l. c. n. 7. Gail p. II. Obseru. 19. n. 3. **Runde** Grundſätze des Deutſchen Privatrechts, §. 314.

2) Mevius c. l. Art. 6.

3) Die mehreſten Deutſchen Geſetze ſtimmen hierin mit einander überein. de Selchow *Elementa iuris Germanici.* §. 214. **Runde** §. 641. Heumann initia. iur. polit. pag. 267. *Jac. Aug.* Frankenstein *de iuribus singularib. iudaeorum* in Germania Lips. 1722. Pufendorf. Tom. 1. Obs. 96. Tom. 3. Obs. 55. A. F. Trendelenburg Respond. *N. G. B. L. B. de* Loevenstern *Obseruationes quaedam de Iudaeis, eorumque diuersa conditione secundum ius Romanum et Germanicum in primis quoque Mecklenburgicum, Bützouii* 1768.

Schuldforderung eines Juden an einen Chriſten ab⸗getreten werden [4]); auch ſoll 3) die Ceſſion nicht an einen Mächtigern geſchehen [5]). Den Richtern iſt 4) das Annehmen der Geſchenke, wenn auch an ſich keine unerlaubte Abſicht dabei obwalten ſollte, ver⸗boten [6]); ſo wie 5) den Advocaten jeder Vertrag, wodurch

4) R. A. v. J. 1551. §. Dieſem zu begegnen. R. P. O. v. J. 1577. tit. 20. §. Es ſoll auch. Pufendorf Obſeru. II. 58. *Sam. Frid.* Boehmer *de ceſſione nominis a Iudaeo in Chriſtianum facta, rata vel irrita*, Francofurti 1758. Carpzov. Lib. 5. Reſp. 38. und p. II. conſt. 30. def. 45. Berger. *oecon. iur.* Lib. III. Tit. 5. th. 5. not. 2. Joh. Heinr. Chriſt. von Selchow Rechtsfälle ent⸗haltend Gutachten und Entſcheidungen vorzüglich aus dem teutſchen Staats⸗ und Privatrechte; 2. Band. N. 26. Runde §. 643.

5) L. 2. C. Ne lic. potent.: Si cuiuscunque modi acti-ones ad potentiorum fuerint delatae perſonas debiti creditores iactura multentur. Wernher p. 1. Obs. 283. und p. 3. Obs. 209. Brockes Select. obſeru. forens. N. 313. *Sam.* Stryck. Diſs. *de ceſſione in potentiorem.*

6) Von der an ſich ſchon höchſt unerlaubten Beſtechung iſt es bekannt, daß die Criminalgeſetze aller Völker, ſelbſt die ungeſittetſten nicht ausgenommen, harte und ſchimpfliche Strafen dagegen gedrohet haben. Olea⸗rius in der Reiſe nach Perſien Tom. 5. cap. 31. Eine ſehr ſcharfe und nachdrückliche Verordnung gegen die Beſtechungen, aus dem Jahre 1498. findet man auch beim Malblanc Geſchichte der peinlichen Ge⸗richtsordnung Seite 9. Jedoch von dieſem wirkli⸗chen Verbrechen iſt hier eigentlich die Rede nicht. Wenn aber, um alle Gelegenheit dazu zu verhüten, und eine unpar⸗

wodurch ihnen vor geendigtem Rechtsſtreit auf den Fall

unpartheiiſche Rechtspflege möglichſt zu befördern, den Richtern das Annehmen der Geſchenke überhaupt verboten wird: ſo gehören dergleichen Verordnungen allerdings hieher. Das ältere Römiſche Recht war in dieſem Stücke den Richtern und Magiſtratsperſonen nicht ganz ungünſtig: Non in totum xeniis abſtinere debet Proconſul, ſed modum adiicere, ut neque moroſe in totum abſtineat, neque auare modum excedat. Neque enim omnia, neque quouis tempore, neque ab omnibus. Nam valde inhumanum eſt, a nemine accipere. L. 6. §. 3. D. de off. Procons. Durch neuere Verordnungen des Kaiſers Juſtinian ward hingegen dieſe Freiheit gänzlich aufgehoben. L. 6. C. d L. Jul. repetund. Nov. 8. und 161. Vermöge des erſtern Geſetzes ſollen die Richter ſchweren, ſe nihil penitus tam in adminiſtratione poſitos, quam poſt depoſitum officium pro aliquo praeſtito beneficio tempore adminiſtrationis, accepturos — Illos enim, fügt die zweite Verordnung überdem noch hinzu, puris procuremus uti manibus, et ab omni abſtinere acceptione, illis ſatis contentos, quae a fiſco dantur. Mit dieſer Abſicht des Kaiſers konnte es nicht wol beſtehn, wenn nicht auch zugleich verboten wurde, ſich zur Erlangung eines Richteramts den Weg durch Geſchenke und Gaben zu bahnen. Daher fügt die erwähnte Conſtitution ſogleich hinzu: Quod non aliter fiet, niſi et ipſi cingula ſine mercede percipiant. Nach den ältern Römiſchen Geſetzen war dieſes ſchon hart verboten. Unter den Kaiſern aber ward es nach und nach den Höflingen erlaubt, für ihr Vorwort und Unterſtützung einer Angelegenheit beim Kaiſer etwas zu nehmen; auch ſich im Voraus verſprechen zu laſſen. Daher der ſogenannte contractus ſuffragii, und die daraus entſpringende actio ſuffragii. L. un. Cod. de ſuffragio

Fall, wenn ſolcher gewonnen würde, ein gewiſſer

Vor=

fragio und Peretz *in Commentario ad dict. tit.* Cujacius in Paratitl. ad Nou. 8. p. m. 81. *Joh. Ott.* Taboris *expoſitio paratitlaris L. un. C. de ſuffragio* im Volum. I. ſeiner Tractate p. 152. Die Sache ward in der Folge dergeſtalt allgemein, daß die Kaiſer ſelbſt wol durch dergleichen Beiträge ihre Schatzkammer zu bereichern pflegten; bis endlich Juſtinian in Nouell. 8. und 161. ausdrücklich verordnete, daß Niemand, um eine richterliche Würde und Magiſtratur zu erhalten, oder andern zu verſchaffen, irgend etwas geben oder nehmen ſollte. L. un. C. de ſuffragio iſt daher durch dieſe neuere Verordnung nicht gänzlich, wie Perez a. a. O. dafür hält, ſondern nur allein, ſo viel den Richterſtuhl betrifft, aufgehoben worden. Cujacius l. c. In dieſem Betrachte bleibt die Sache durchgängig verboten, es mag das Geſchenke oder Verſprechen geſchehen ſein, wem, oder von wem es wolle. Betrifft hingegen der contractus ſuffragii keine Beförderung zu obrigkeitlichen Aemtern, ſondern die Empfehlung anderer Angelegenheiten, ſo iſt er gültig und rechtsverbindlich. Nur aber wird auch im letztern Falle ſchlechterdings vorausgeſetzt, daß derjenige, dem zu Unterſtützung einer Sache etwas gegeben worden, nicht ſchon von Amtswegen verbunden war, ſolche zu beſorgen. *Joh. Gottfried* Schaumburg *in adnotationibus ad Struuii iurisprud. rom. Germ. forens.* pag. 383. not. l: Praeſupponitur tamen negotium. quod quis vi officii expedire non debebat, quodque leges pretio compenſare non vetant; Qui enim pecuniam aliamue rem accipit, *quo officium faciat, vel non faciat*, ilie delinquit, et in crimen repetundarum incidit. Man ſehe auch *Beniam.* Reisig *Diſs. de contractu ſuffragii ad L. un. C. de ſuffragio, Goett.* 1737.

Vortheil verſichert wird [7]. In dieſe Claſſe gehören auch 6) die verbotenen Heirathen unter gewiſſen Perſonen, theils wegen zu naher Blutsfreundſchaft und Schwägerſchaft, theils wegen anderer Urſachen [8], und endlich 7) die verſchiedenen Polizeigeſetze

7) L. 6. §. 2. C. *de postulando*: Nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem ineat aduocatus, nullam conferat pactionem. L. 7. D. mandati, verb.: euentum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit. Daß man hiebei ſehr unrichtig zwiſchen Verträgen de quota litis und dem palmario unterſcheidet, vielmehr das Letztere, wenn es vorausbedungen wird, ebenfalls unerlaubt iſt, erhellet nicht allein aus den angeführten Geſetzen, ſondern auch aus L. 1. §. 12. *D. de extraordin. cognit.* wornach dem Advocaten durchaus nicht mehr als das rechtmäßige honorarium gültig ſoll verſprochen werden können. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 1. Nr. 104.

8) Bekanntlich herrſchen in der ganzen Lehre vom Verbot der Ehen unter Anverwandten und verſchwägerten Perſonen viele Streitigkeiten, worauf ich mich jedoch hier nicht weiter einlaſſen kann. Seitdem der Ritter **Michaelis** in ſeiner **Abhandlung von den Ehegeſetzen Moſis**, dieſe Materie bearbeitet hat, ſollte man freilich glauben, der Nebel müßte endlich verſchwinden. Allein die Sache iſt und bleibt unter Theologen und Juriſten controvers. Ch. Joh. Gabr. **Süſſens unvorgreifliche Gedanken, wie der ſo lange her geführten Controverſe über die Ehegeſetze Moſis endlich nach Wunſch möchte können abgeholfen werden?** Lübeck 1769, ſind pia desideria, wovon nichts zu erwarten iſt. Er meint, die geſammten Facultäten müßten zuſammentreten, und — ſich ver-

geſetze und andern bürgerlichen Anordnungen, wodurch gewiſſe Perſonen von dieſem oder jenem Gewerbe, von dieſer oder jener Gattung der bürgerlichen Nahrung, der Kaufmannſchaft u. ſ. w. ausgeſchloſſen ſind [9]).

§. 68.

vergleichen. — Siehe **Schotts** unparth. Kritik, Nr. 42. Seite 149. imgleichen die anonymiſche Schrift: Ehlicher Vertrag oder Geſetze des Eheſtandes, nebſt einer Abhandlung über den Urſprung der Diſpenſationen, 1784. ohne Benennung des Druckortes; ferner: Entwickelung der vornehmſten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend, Tübing. 1785. Beſſer iſt es, vor der Hand durch beſtimmte geſetzliche Vorſchriften der Ungewißheit in foro externo abzuhelfen; ſo wie's ſchon Juſtinian wollte: Si quid vero in iisdem legibus fortassis obscurius fuerit, oportet, ad imperatoria interpretatione patefieri, duritiemque emendari. L. 9. C. de LL. unbekümmert um die Zänkereien der Rechts- und Schriftgelehrten, bis die Zeit für gut findet, es auch bei ihnen völlig Tag werden zu laſſen; ſo wie der heil. Vater ſeinen Legaten inſtruirte: Nemo mirari debet, si non statim omnia errata et abusus omnes emendatos viderit. Inueteratus nimium morbus est, nec simplex, sed varius et multiplex; pedetentim in eius cura procedendum est, et prius grauioribus, magisque periculosis occurrendum, ne omnia pariter reformare volentes, omnia perturbemus. Hadriani IV. Instruct. Legati ad Germanos 1122. Raynald. N. 70.

9) **L. A. G. Schraders** Handbuch der Rechte in den Herzogthümern Schleswig und Holſtein, Altona 1784. §. 29. u. f. f. Hieher gehören auch die Verordnungen verſchiedener Handlungs- und Seerechte, wodurch

§. 68.
Von der natürlichen Verbindlichkeit in den vorſtehenden Fällen überhaupt. Barbeiracs Meinung.

Barbeirac [1]) macht den Rechtsgelehrten und Philoſophen einen Vorwurf, den er ſelbſt vielleicht gleichfalls verdienen möchte. Il me ſemble, ſchreibt er, que cette matiére de la validité des conventions illicites n'a pas encore eté traitée aſſez exactement, et que l'on decide la queſtion d'une maniére un peu trop generale faute de faire attention aux veritables principes, d'ou depend la solution des divers cas, qu'elle renferme. Denn ob er gleich, um den Gegenſtand der Frage vollſtändig zu zergliedern, diejenigen Verträge, welche an ſich ſchon dem Naturrechte zuwider laufen, von denen ſorgfältig unterſcheidet, welche nur bürgerlich ver-

wodurch gewiſſe Perſonen von den Aſſecuranzen dergeſtalt ausgeſchloſſen ſind, daß ſie ſolche weder geben noch nehmen dürfen. Z. B. die Mäckler, Schiffsclarirer, Diſpacheurs, und Taxatoren der Schäden, die Richter der Verſicherungsſtreitigkeiten, deren Schreiber und Bediente, die Zoll- und Acciseinnehmer, u. ſ. w. Bei Strafe, daß die Verſicherungen dieſer Perſonen ungültig und nichtig, auch die Prämie hin und wieder dem Fiscus verwirkt ſein ſoll. **Das Recht der Aſſekuranzen und Bodmereien, ſyſtematiſch abgehandelt**, Königsberg 1771. §. 23. u. f.

1) In ſeinen Anmerkungen über **Pufendorfs** Natur- und Völkerrecht; L. III. c. 7. §. 6. n. 2. p. 468.

verboten ſind, ſo hat er doch, zumal was den letztern Punct anbetrifft, die Sache noch keinesweges in das gehörige Licht geſetzt. Von Verträgen, die an ſich ſchon dem Naturgeſetze entgegen gehen, iſt hier eigentlich die Rede nicht, wiewol es allemal eine merkwürdige Erſcheinung in der Geſchichte des menſchlichen Verſtandes bleibt, daß die Frage: ob zur Erfüllung ſolcher Verträge eine Verbindlichkeit Statt finde? unter den Gelehrten ſtreitig werden — ja ſogar denkende Köpfe auf die bejahende Meinung gerathen konnten. **Grotius** hält dafür, daß, ob gleich Niemand durch ſein Verſprechen ſich anheiſchig machen könne, eine wirkliche unerlaubte Handlung zu unternehmen, dennoch, wenn die That einmal verübt worden, der andere Contrahent ſchuldig ſei, die verſprochene Belohnung zu entrichten. Quaeri solet, ſchreibt er [2]), an promissio facta ob causam naturaliter vitiosam ipsa natura valeat? ut, si quid promittatur homicidii perpetrandi causa? Hic ipsam promissionem vitiosam esse satis adparet; at vitium manet, quamdiu nondum perpetratum est crimen, unde sequitur usque ad id tempus promissionis talis efficaciam esse in pendenti, *crimine vero perpetrato iam obligationis vim exseri etc.* Daß bürgerliche Gerichte deshalb keine Klage geſtatten dürfen, verſteht

2) de iure belli et pacis Lib. 2. c. 11. §. 9.

verſteht ſich nach klarer Vorſchrift der Geſetze [3]) von ſelbſt. Auch die öffentliche Duldung einer unſittlichen und entehrenden Sache iſt noch nicht hinreichend, um neben der Strafloſigkeit derſelben, auch zugleich ein wirkſames Recht in foro ciuili zu behaupten [4]).

Q Nach

3) L. 26. D. de Verbor. obligat.: Generaliter nouimus turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti —. L. 6. C. de pactis.

4) Verſchiedene Rechtslehrer glauben zwar, daß nach Römiſchen Rechten die öffentlichen Huren berechtiget geweſen ſind, den verſprochenen Lohn gerichtlich einzuklagen. Struv. Exercit. XVIII. th. 22. Thomasius *ad Huberi praelect.* iur. ciu. Lib. XII. Tit. V. §. 3. Nic. Hieron. Gundling Gedanken von dem Römiſchen Hurenzoll oder Hurenlohn, in der Sammlung ſeiner kleinen deutſchen Schriften, Seite 442. Franzkius *Comment. ad Pandectas* Lib. 12. tit. 5. n. 10. Wiewol dieſer hinzufügt: ſed haec licet ita ſint, caſtitati temporum noſtrorum non conueniunt. Das Gegentheil behaupten Hahn ad Weſenb. L. XII. Tit. V. §. 4. Stryck. adnotat. ad Lauterbach. comp. tit. de cond. ob turp. caus. beim Mollenbec. Theſ. iur. ciu. p. 490. Voet. Comment. ad Pandect. L. XII. Tit. V. §. ultim. Pufendorf Tom. IV. obſeru. 75. Die Meinung der letztern verdient unſtreitig den Vorzug, weil turbitudo facti dadurch nicht aufhört, daß ſie im Staate ungeſtraft hingehet, folglich alles Uebrige, was ſonſt von dergleichen factis überhaupt Rechtens iſt, ſeine ungezweifelte Fortdauer behält, und weil, ſo viel beſonders das Römiſche Recht anbetrifft, die Unzuläſſigkeit der Klage ſchon daraus klar erhellet, daß die Frage, ob der gegebene Lohn wieder zurückgefordert werden könne? nur nach den Grundſätzen, welche bei der condict. ob turp. caus. eintreten, behan=

Nach dem Naturrechte beſtreiten **Pufendorf** und **Barbeirac** jene Lehre umſtändlicher, als die Evidenz der Sache zu erfordern ſcheint. Nichts iſt leichter, als den **Grotius** aus ſeinen eigenen Grundſätzen zu widerlegen. Er behauptet ſelbſt kurz zuvor, daß das Verſprechen einer an ſich unerlaubten Handlung ſchlecht=

behandelt wird. L. 4. §. 3. D. *de condict. ob turp. vel iniust. causam:* Quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt. Sed noua ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis, illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, quum sit meretrix. Konnte der Lohn vermittelſt einer Klage ſchon gefordert werden, ſo war der Grund, *quoniam solius dantis turpitudo versatur;* offenbar wunderlich. Würde der Juriſt die Sache nicht vielmehr geradezu daraus abgeleitet haben, weil die Zahlung aus einer ſogar klagbaren Verbindlichkeit geſchehen ſei; und wie konnte dem Geber eine Schande vorgeworfen werden, wenn man ihn durch gerichtliche Klagen zur Zahlung hätte anhalten können? Uebrigens wird die von **Ulpian** angenommene turpitudo *solius dantis* mit Recht von Huber praelect. iur. ciu. Lib. 12. Tit. 5. §. 3. getadelt. Auch der voraus bezahlte Lohn kann wegen nicht erfüllter Zuſage nicht zurückgefordert werden, obgleich Hahn ad Wesenbec. l. c. Vasquius Lib. 1. controuers. cap. 48. die Zuläſſigkeit condictionis causa data causa non secuta vertheidigen, ja Baldus und Salicetus ſogar behaupten: vim inferri mulieri licere, quae corpore quaestum faciens stupri causa pecuniam acceperit. Die öffentliche Duldung, welche dem **Thomaſius** die Sache zweifelhaft machte, ändert hier nichts, da ſie ſich nur auf die Strafloſigkeit beziehet.

ſchlechthin ungültig und unverbindlich ſei. Iſt es denn nun nicht auch an ſich ſchon unerlaubt, Andere zur Ausübung einer verbotenen That zu dingen? So wenig dieſe Zuſage auf der einen Seite je verbindlich werden kann, eben ſo wenig mag der andere Contrahent irgend ein Recht erlangen, nach begangenem Verbrechen die verſprochene Belohnung dafür zu fordern. Was aber beſonders diejenigen Rechtsgeſchäfte betrifft, welche an ſich zwar natürlich erlaubt, hingegen bürgerlich verboten ſind: ſo glaubt **Barbeirac** [5]) die Frage: ob und in wie fern eine Verbindlichkeit daraus entſtehen könne, durch folgende Diſtinction richtig zu beſtimmen. „Wer einen Vertrag ſchließt, welchen die Civilgeſetze verbieten, der contrahirt entweder mit einem Fremden, oder mit ſeinem Mitbürger. Im **Erſten** Fall war dem Fremden entweder das bürgerliche Verbot bekannt, oder nicht. Wuſte er es, ſo kommt es wiederum darauf an, von wem der erſte Antrag zur Eingehung des verbotenen Handels geſchehen iſt. That ihn der Fremde: ſo iſt der Bürger an ſein Verſprechen ſo wenig gebunden, daß er weder ſein Wort erfüllen, noch den Fremden entſchädigen darf. Denn man muß in dieſem Falle annehmen, daß der einheimiſche Contrahent die Sache nicht gehörig erwogen, vielmehr aus Ueber-

5) a. a. O. p. 470. am Ende.

eilung den Handel getroffen hat; weshalb die Verbindlichkeit auf ſeiner Seite wegfällt. Nur, was der Fremde wirklich bezahlt, oder gegeben hat, muß ihm wieder erſetzt werden. — War es aber der Bürger, welcher den Handel zuerſt antrug: ſo iſt er zwar nicht zur eigentlichen Leiſtung deſſen, was er verſprochen hat, gehalten, wol aber zur völligen Entſchädigung des Fremden. Denn hier kann man nicht ſagen, daß er ſich aus Leichtſinn zu dem Handel entſchloſſen hat. [6]) — War endlich das bürgerliche Verbot dem Fremden nicht bekannt: ſo hat er ein vollkommenes Recht, auf die Erfüllung des Contracts, oder in deren Entſtehung auf eine völlige Schadloßhaltung zu dringen. Im zweiten Falle hingegen, wenn beide Contrahenten Bürger desjenigen Landes ſind, nach deſſen Geſetzen der Vertrag verboten iſt: ſo handeln ſie zwar beiderſeits unrecht, jedoch ſtehen ſie unter ſich in dem Verhältniſſe, daß keiner wider Willen des Andern von ſeiner Zuſage abgehen darf, ſondern ſolche erfüllen, oder den andern Theil entſchädigen muß. Denn da man

6) Ich ſehe nicht ab, wie er gerade hier folgendes Argument gebrauchen konnte: les etrangers ne sont point obligéz à la rigueur de s'informer de ce, qui se passe hors de chez eux. Denn dieß gehört ja offenbar erſt zu dem folgenden Falle, nicht aber hieher, wo vorausgeſetzt wird, daß der Fremde die Verordnung unſerer Geſetze wirklich gekannt habe.

man wiſſentlich ein ungültiges Geſchäft unternimmt: ſo entſagt man dem Rechte, es anfechten zu können. So lange inzwiſchen das eigentliche Geſchäfte, welches die Geſetze verbieten, noch auf keiner Seite zur Ausübung gekommen iſt, ſtehet es frei, von dem bloßen Verſprechen wieder abzugehen. Z. B. Man hat ſich verabredet, zu einer gewiſſen Zeit ein Hazardſpiel vorzunehmen — So würde dieſe Zuſage freilich nicht binden; wer aber wirklich geſpielet, und eine gewiſſe Summe verloren hat, wird allerdings dadurch verbindlich, ſo wie derjenige, welcher contrebande Waaren zu liefern verſprochen, und bereits Geld dafür empfangen hat, ſich nicht entziehen kann, entweder die Waare zu liefern, oder den andern Theil gänzlich zu entſchädigen.“ —

§. 69.

Wird widerlegt.

Daß aber dieſe Lehre theils mit Irrthümern untermengt ſei, theils aber den ganzen Gegenſtand bei weitem nicht erſchöpfe, iſt leicht zu erweiſen. Ob der Unterthan mit einem Fremden oder mit ſeinem Mitbürger contrahirt, und ob der Fremde das Verbot gewußt habe, oder nicht, ſind freilich Umſtände, worauf etwas, aber nicht alles ankommt. Doch hievon bald mit mehrerm. Zuvörderſt können wir nicht zugeben, daß in dem Falle, da dem Fremden das bürgerliche Verbot bekannt war, noch ein Un-

terſchied zu machen ſei, ob er, oder der einheimiſche Contrahent, den erſten Antrag zur Eingehung des Handels gemacht habe. Denn vorausgeſetzt, daß dieſer erſte Antrag nicht in einer liſtigen Beredung beſtanden hat: ſo wußte ja der Fremde in beiden Fällen, daß der andere Contrahent kein Recht hatte, etwas zu verſprechen, welches den Geſetzen ſeines Landes entgegen ging, und folglich bleibt die Sache immer dieſelbe, es mag der Fremde, oder der Einheimiſche den Handel zuerſt in Anrege gebracht haben. Fällt im erſten Falle die Verbindlichkeit weg, ſo findet ſie auch ſicher im zweiten nicht Statt. Hiernächſt kann ich es unmöglich billigen, wenn **Barbeirac** da, wo er den bürgerlich verbotenen Vertrag unverbindlich hält, den Grund hievon darin ſetzet, weil man annehmen müßte, daß die Zuſage in ſolchem Falle nicht mit gehöriger Ueberlegung geſchehen ſei. Eben hieraus will er auch die Nichtigkeit ſolcher Verträge, die an ſich ſchon dem Naturrechte zuwider ſind, beweiſen. **Gundling** macht ſich über dieſen Einfall des **Barbeirac** ſehr luſtig [1]), und in der That verdient er es auch. Denn müſſen wir bloß darum, weil die Handlung verboten iſt, bei dem Urheber derſelben einen Mangel der freien Ueberlegung annehmen: ſo muß man zuge-

1) **Gundling** Diſcours über das Natur- und Völkerrecht. Seite 195.

zugeben, daß Niemand mit völliger Freiheit den Vorſatz faſſen könne, die Geſetze zu übertreten, ſo läßt ſich kein Dolus, welcher doch ſicher Ueberlegung vorausſetze, weiter behaupten, ſo ſiehet es in der That um alle Imputation in rebus illicitis ſehr mißlich aus — Endlich iſt auch ſelbſt die Entſcheidung, welche **Barbeirac** zuletzt vorträgt, offenbar unrichtig. Wird der Contract von den Unterthanen des Landes, nach deſſen Geſetzen er verboten iſt, geſchloſſen, ſo giebt **Barbeirac** zwar zu, daß beide Contrahenten unrecht handeln, jedoch ſollen ſie unter ſich dergeſtallt daran gebunden ſein, daß keiner wider Willen des andern davon abgehen dürfe. Ich begreife nicht, wie der Lehrer des Naturrechts dieſes im Allgemeinen hat für wahr halten können, da er ſelbſt behauptet, daß ein Verſprechen, welches natürlich unerlaubt iſt, keine Verbindlichkeit wirke: und Verträge, welche die bürgerlichen Geſetze verbieten, eben dadurch auch natürlich unerlaubt ſind. Soll ferner ein Vertrag gültig ſein: ſo muß der Gegenſtand deſſelben von der Diſpoſition der Contrahenten abhängen; wie läßt ſich aber dieſes von Dingen behaupten, welche der bürgerliche Geſetzgeber der Willkühr der Unterthanen entzogen hat? Keine Verbindlichkeit, einem andern etwas zu leiſten, läßt ſich endlich gedenken, wofern nicht der letztere **ein** Recht hat, ſolches zu fordern. Wer wird ihm aber

dieſes Recht zugeſtehen, wenn die Sache durch bürgerliche Geſetze verboten iſt?

§. 70.

Verſuch einer richtigern Beſtimmung.

Als Regel muß man überhaupt den Satz gelten laſſen, daß keine natürliche Verbindlichkeit Statt finde, um ein Verſprechen zu erfüllen, welches die bürgerlichen Geſetze verbieten. Siehet man aber auf die verſchiedenen Bewegungsgründe der letztern zurück: ſo findet man, daß das bürgerliche Verbot ſehr oft nur zum eigenen Beſten der contrahirenden Theile, zur Verhütung unüberlegter Zuſagen geſchehen ſei. Die zweite Claſſe der verbotenen Rechtsgeſchäfte (§. 66.) enthält mehrere Fälle, wo eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nur ſolchen Perſonen verboten iſt, bei denen die Geſetze die natürliche Fähigkeit, rechtliche Geſchäfte gehörig einzugehen, nicht annehmen; ſo wie es auch ſonſt in der obigen Claſſification nicht an Beiſpielen verbietender Geſetze fehlt, welche bloß zur Beförderung mehrerer Gewißheit, zur Erleichterung des gerichtlichen Beweiſes, zur Verhütung eines übereilten Verſprechens, und der daraus entſtehenden Laeſion, die Gültigkeit und den Beſtand einer rechtlichen Handlung an gewiſſe Formalitäten binden, oder gewiſſe Verträge verbieten (§. 65. n. 7.). In allen dieſen Fällen kann es in Rückſicht

auf

auf die einzelnen Subjecte, welche den Handel ge-
troffen haben, und nach individuellen Umſtänden
gar wol ſein, daß eine natürliche Verbindlichkeit
durch einen obgleich bürgerlich verbotenen Vertrag
gewirkt werde. Der Grund liegt am Tage. Denn
das Geſchäfte iſt an ſich nicht unerlaubt, enthält an
ſich nichts, dem allgemeinen Beßten nachtheiliges.
Die Geſetze wollen auch nicht, daß es gänzlich un-
terbleiben ſoll, ihre Abſicht iſt nur, allen Leichtſinn,
Uebereilung, und ungebührliche Verleitung davon
zu entfernen. Giebt es nun auf der einen Seite
Geſchäfte, wobei ſolches vorzüglich zu befürchten iſt,
Perſonen, welche ſehr leicht dergleichen ausgeſetzt
ſind; und erkennen wir eben hieraus einen gegrün-
deten Anlaß des bürgerlichen Verbots: ſo lehrt da-
gegen auf der andern Seite die Erfahrung, daß die
Beſchaffenheit der Umſtände, das wahre Verhält-
niß der Perſonen und ihrer Handlungen in einzelnen
Vorfällen oft ganz anders iſt, als der Geſetzgeber es
im Allgemeinen zum Grunde legt. Die gehörige
Beurtheilungskraft und Kenntniß in Rechtsgeſchäf-
ten, welche er bei gewiſſen Perſonen der Regel nach
vermißt, findet ſich oft bei einzelnen Subjecten in
ihrer ganzen Vollkommenheit. Da alſo die Ab-
ſicht des bürgerlichen Verbots nur dahin geht, die
aus jenen Urſachen zu befürchtenden Mißbräuche
zu verhüten, ſo befreien ſie gewiß denjenigen nicht

von aller Verbindlichkeit, welcher überzeugt iſt, daß der von ihm getroffene Handel mit den Mängeln, welche die Geſetze der Regel nach dabei vermuthen, in der That nicht behaftet ſei. Will er den Vorſchriften des Naturrechts Gehör geben; ſo muß er ſich ſchuldig finden, ſein Verſprechen zu erfüllen. Wie jedoch überhaupt das Daſein einer natürlichen Verbindlichkeit an ſich von dem gerichtlichen Effecte derſelben nicht abhangt, ſo iſt es auch hier wiederum eine andere Frage, ob und in wie fern in ſolchen Fällen die dem Contrahenten für ſeine Perſon obliegende Verbindlichkeit gerichtlich wirkſam ſei, oder nicht? Wir dürfen, um hierauf richtig zu antworten, nur einen Grundſatz, wovon wir bereits oben Gebrauch gemacht haben, wieder in Erinnerung bringen: daß nemlich der bürgerliche Geſetzgeber nur auf das Ganze ſein Augenmerk richten, die Perſonen und Sachen nur ſo nehmen könne, wie ſie gemeiniglich ſind, und daß der Richter hiernach bei Erklärung und Anwendung der Geſetze verfahren müſſe. Eben dieſe Wahrheit wird uns auch ſehr leicht davon überzeugen, daß die Gerichte verbunden ſind, in den gedachten Fällen die Perſonen und Geſchäfte nur ſo zu behandeln, wie ſie der Geſetzgeber einmal angeſehen wiſſen will. Wenn daher das Geſetz gewiſſe Perſonen von allen oder einigen Rechtsgeſchäften darum ausſchließt, weil ein Mangel

gel der erforderlichen Freiheit des Willens und gehöriger Ueberlegung bei ihnen zu vermuthen iſt, ſo behandelt die Juſtiz ſämmtliche zu einer ſolchen Claſſe gehörenden Perſonen, vermöge ihrer geſetzlichen Unfähigkeit zum contrahiren, als ſolche, die aus dem Handel gar nicht verbunden ſind, ohne die natürliche Verbindlichkeit einzelner Subjecte, als eine bloße Gewiſſensſache, vor ihr forum zu ziehen; weil ohnehin der Menſch nicht genug Einſichten beſitzt, um das vor ſeinen Augen verborgene Gewiſſen ſeines Mitmenſchen erforſchen, und ein richtiges Urtheil darüber fällen zu können [1]). Die treffliche Bemerkung **Mösers** über den wichtigen Unterſchied des wirklichen und förmlichen Rechts, kann auch hier zur Erläuterung dienen, wenn man ſie auf die Fälle anwendet, da der Richter die vorkommenden Rechtsſachen nach Eigenſchaften und Folgen behandeln muß, welche die Geſetze im Allgemeinen vorausſetzen, obſchon der gegebene Fall an ſich eine Ausnahme davon machen ſollte [2]). Nur ſo viel haben die

1) **Groſzing** allgemeines Toleranz-Syſtem Seite 48. Man ſehe auch **Chriſtian Garve** Philoſophiſche Anmerkungen zu Ciceros Büchern von den Pflichten Th. I. S. 30.

2) „Was die Kirche, oder eine Verſammlung erwählter „und berufener Biſchöfe zuletzt für Wahrheit erklärt hat, „das iſt förmliche Wahrheit für alle diejenigen, ſo zu „dieſer Kirche gehören, und förmliches Recht iſt für „ſtrei-

die Geſetze ſelbſt geordnet, daß die Grſchäfte dieſer Perſonen gewiſſermaßen durch nachherige Genehmi-gung

„ſtreitende Partheien, was ein erwählter oder verord-„neter Richter zuletzt dafür erkannt hat. In beiden „Fällen kann wirkliche Wahrheit und wirkliches Recht „zum Grunde liegen; in der That aber kommt es hier-„auf nicht an; es thut im eigentlichen Verſtande nichts „zur Sache, ob die Biſchöfe oder die Richter geirret „haben; ihr letzter Ausſpruch verwandelt **wirkliches** „Weiß in **förmliches** Schwarz, und umgekehrt. Denn „es iſt hier ein Nothrecht für die menſchliche Ruhe, „nach welchem nun einmal das förmliche Wahrheit, „förmliches Recht ſein ſoll, was alſo dafür erklärt und „ausgeſprochen worden. Der Menſch würde nimmer „aufhören zu zanken, jeder würde nach ſeinen eigenen „Begriffen handeln wollen, und die größte Verwirrung „daraus entſtehen, wenn man ſich nicht endlich weißlich „darüber einverſtanden hätte, daß man dasjenige, was „alſo ausgeſprochen iſt, für förmliches Recht halten und „und befolgen wollte. Einem Jeden bleibt dabei ſeine „freie **Meinung** von dem wirklichen Rechte, wenn er „ſich von dem förmlichen nicht überzeugen kann. Aber „man achtet darauf nicht. Sobald man aber dieſe „beiden Begriffe mit einander verwechſelt, ſo erlaubt „man einem Jeden, dasjenige, was er für wirklich „Recht hält, auch in **Ausübung** zu bringen. Der „Fürſt darf alsdenn einen Rath, der nach ſeiner Ueber-„zeugung ein unredlicher Mann iſt, ohne weitere Unter-„ſuchung beſtrafen. Der Richter kann jeden erſten „Spruch, wenn er ſeiner Meinung nach wirklich Recht „iſt, ſofort zur Vollſtreckung bringen, ohne abzuwarten, „daß er die Kraft förmlichen Rechtens erreiche. Ein „Unternehmen, das die Weißheit Salomonis nicht ent-„ſchuldigen kann; weil alle Weißheit nur zur wirklichen, „nicht zur förmlichen Wahrheit führt. **Der traurigſte**

„Fall,

gung zur völligen Gültigkeit gelangen können, daß die geſchehene Erfüllung, wenn der Schuldner wußte, daß er nicht zu belangen war, und doch bezahlte, nicht zurück gefordert werden darf, und daß endlich der Handel von denen nicht anzufechten iſt, welche bei Eingehung deſſelben betrüglich zu Werke gegangen ſind (§. 77.). In allen übrigen Fällen der erſten und dritten Claſſe hingegen, wo die Geſetze nicht zum Beßten der contrahirenden Theile ſelbſt, wegen einer zu vermuthenden Unbedachtſamkeit, Uebereilung, oder ungebührlichen Verleitung, ſondern weil außerdem die gemeine Wolfahrt ſolches erfordert, dieſe oder jene Handlung verboten haben, bleibt es bei der Regel, daß auch keine natürliche Verbindlichkeit Statt findet, dergleichen Verträge zu erfüllen, wovon wir die Urſachen mehrmalen angeführt

„Fall, worinn ſich oft ein Richter befindet, iſt „dieſer, wenn er das wirkliche Recht augenſcheinlich erkennet, und es doch nicht zum förmlichen „machen kann; aber demungeachtet iſt es beſſer, „daß ein einzelner Mann traure, als daß man „alles in Gefahr ſetze; und dieß würde geſchehen, „wenn jeder Richter nach dem, was er für wirklich Recht erkennet, ſogleich verfahren dürfte.“ Juſtus Möſer von dem wichtigen Unterſchiede des wirklichen und förmlichen Rechts; in den Weſtphäliſchen Beiträgen zum Nutzen und Vergnügen; 1780. Nr. 30, und in der Berliniſchen Manathsſchrift von Gedike und Bieſter 1783. Seite 506.

geführt haben [3]). Nur in den Fällen der dritten Claſſe (§. 67.) entſtehet die Frage: Ob derjenige, von dem die verſprochene Leiſtung ſelbſt keinesweges gefordert werden kann, nicht wenigſtens verbunden ſei, den andern völlig zu entſchädigen [4])? Man unterſcheide, ob der Contrahent, welcher entſchädigt ſein will, mit Recht eine Unwiſſenheit des bürgerlichen Verbots vorſchützen könne, oder nicht? Im letztern Fall hat er gar keinen Anſpruch; im erſtern hingegen iſt er unſtreitig befugt, das vergütet zu verlangen, was ihm durch den rückgängig gewordenen Handel entgehet [5]), es wäre denn, daß ſein Mitcontra-

3) Stryck *in adnotat. ad Lauterbach.* Lib. XI. Tit. V. n. 14. beim Mollenbec. Thesaur. iur. ciuil. pag. 407., imgleichen Barbeyrac Traité du Jeu Liv. 3. Ch. 9. §. 15. 16. irren daher ungemein, wenn ſie behaupten, daß die Glücksſpiele, ſelbſt wenn ſie bürgerlich unerlaubt ſind, dennoch immer eine natürliche Verbindlichkeit wirken. Man ſehe dagegen Pufendorf I. N. et Gent. Lib. 3. Cap. 7. §. 6.

4) In der erſten Claſſe kann dieſe Frage nicht füglich entſtehen, wie der Augenſchein ergiebt, wenn man die einzelnen Fälle durchgehet; in der zweiten kommt es nur darauf an, ob derjenige, den die Geſetze ſonſt nicht verbindlich halten, ſich in dolo befindet, da dann der Handel ſelbſt bei Kräften bleibt; in den Fällen der 3ten Claſſe hingegen muß oft, des doli ungeachtet, die Erfüllung ſelbſt nachbleiben, z. B. wenn Grundſtücke an Jemand verkauft ſind, der ſie nicht erwerben darf; und dann entſteht häufig die Frage, ob der Schade zu vergüten ſei?

5) L. 27. C. de euict. L. 7. commun. utriusque iud.

Nichts

contrahent in einer gleichfalls untadelhaften Ignoranz der geſetzlichen Vorſchrift ſich befunden hätte. Nach Anleitung dieſer Grundſätze iſt nun unter andern die Frage: in wie fern den Frauensperſonen aus der Bürgſchaft eine natürliche Verbindlichkeit obliege? ſehr leicht zu beſtimmen. Es hat Rechtsgelehrte gegeben, welche die Bürgſchaft der Weiber ſelbſt

Nichts kann daher dem gemeinen Beſten angelegner ſein, als daß alle mögliche Mittel angewandt werden, um die Geſetze denen, welche ihre Handlungen darnach einrichten ſollen, gehörig bekannt zu machen. Siehe **Joſeph Herr über die Bekanntmachung der Geſetze**, Freiburg 1783. Hier bei ſolchen Geſetzen, welche die natürliche Freiheit des Bürgers einſchränken, natürlich erlaubte Handlungen verbieten oder nichtig erklären, iſt dieſe Vorſorge noch nöthiger, welche wir aber in Deutſchland, wo ein beträchtlicher Theil der Geſetze in einer fremden Sprache abgefaßt iſt, noch ſehr vermiſſen. Der unerfahrne Bürger, welcher bei jeder Gelegenheit in Gefahr iſt, die geſetzmäßigen Erforderniſſe zur Gültigkeit ſeiner Handlung zu vernachläſſigen, der Gläubiger, welcher, unwiſſend des Rechts, einem filio familias Geld borgte, ein anderer, der durch den Vellejaniſchen Rathſchluß um ſein Capital geprellt wird, werden die Jurisprudenz als eine Heuchlerin verabſcheuen, welche das Licht meidet, um deſto ſicherer ſchaden zu können. Man wende nicht ein, daß er die Sachverſtändigen hätte zu Rathe ziehen können. Denn wie oft tritt nicht der Fall ein, daß Zeit und Umſtände ſolches nicht erlauben — daß ein ſolcher Rath mit zu vielen Koſten verknüpft iſt — daß mancher Rathgeber aus Unwiſſenheit oder vorſätzlich einen falſchen Rath mittheilt, — daß endlich die Prieſter der Gerechtigkeit in ihren Meinungen von einander abweichen, u. d. m.

ſelbſt nach natürlichen Rechten unverbindlich gehalten haben [6]). Allein dieß iſt auch ſo auffallend unrichtig, daß es gar keiner Widerlegung bedarf. Ob aber die Frauensperſonen, nachdem ſie durch bürgerliche Geſetze von allen Interceſſionen ausgeſchloſſen ſind, nicht wenigſtens immer noch natürlich verbunden bleiben, das zu erfüllen, wozu ſie ſich anheiſchig gemacht haben? darauf iſt nach obigen Grundſätzen die Antwort dieſe: Da der Bewegungsgrund des poſitiven Geſetzes dahin geht, ungebührliche Verleitungen und übereilte Zuſagen zu verhüten, ſo hat die Frauensperſon, welche überzeugt iſt, daß dergleichen bei der von ihr übernommenen Bürgſchaft nicht obgewaltet habe, allerdings eine natürliche Verbindlichkeit auf ſich, ihr Verſprechen zu erfüllen; wenn gleich in bürgerlichen Gerichten, den Fall eines doli ausgenommen, keine Rückſicht darauf genommen wird. Eben ſo iſt die Frage zu entſcheiden, ob den Frauensperſonen, welche nach Vorſchrift der Civilgeſetze unter beſtändiger Vormundſchaft ſtehen, eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn ſie ohne Zuziehung ihres Curators ſich in Rechtsgeſchäfte eingelaſſen haben? worüber man drei verſchiedene Meinungen der Rechtsgelehrten antrifft. Einige halten dafür, daß in ſolchem Falle gar keine natürliche Verbindlichkeit vorhan-

6) Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. 28. §. 1.

vorhanden ſei [7]). Andere behaupten, daß eine natürliche Verbindlichkeit in ſolchem Falle allerdings vorhanden ſei; doch geben ſie zu, daß keine Klage deshalb Statt finde, ſondern daß die geleiſtete Zahlung ſogar zurückgefordert werden könne [8]). Beide Meinungen ſind mit einander zu vereinbaren, wenn man die erſtere dahin erklärt, daß die Sache in Gerichten nicht anders behandelt werde, als ob gar keine Verbindlichkeit vorhanden wäre. Die dritte Meinung geht endlich dahin, daß nicht allein den Frauensperſonen unter gedachten Umſtänden eine natürliche Verbindlichkeit wirklich obliege, ſondern dieſe auch ſelbſt in bürgerlichen Gerichten dergeſtalt wirkſam ſei, daß, die alleinige Klage ausgenommen, alle übrigen Effecte einer Zwangspflicht Statt fänden [9]). Dieß iſt im Allgemeinen betrachtet unrichtig, weil aus der geſetzlichen Anordnung dieſer Curatel von ſelbſt folgt, daß die Rechtsgeſchäfte der

7) Berlich P. 2. Conclus. 17. n. 24. Tiraquell de legib. connub. IV. 14. Mevius ad ius Lubecense I. 10. 3; welcher noch zwei ehrwürdige Gewährsmänner anführt Bartolum ad L. *quum lex* D. *de fideiussorib* n. 6 und Baldum ad L. *quum quis* C. *de iur. et facti ignorant.* n. 9. Thomasius ad Huberi praelect. Inst. III. 14. 2. p. 280.

8) Carpzov P. 2. Const. 15. Def. 7. n. 9. Möller ad const. Saxon. P. 2. Const. 15. n. 60. Philippi usu pract. Instit. Lib. 3. Eclog. 60. n. 11.

9) Huber Praelect. ad Instit. III. 14. 2.

Frauensperſonen, ohne Zuziehung ihres Vormundes der Regel nach gar keinen rechtlichen Beſtand behaupten können. Es wird nicht undienlich ſein, von den bisherigen Grundſätzen auf zwei beſondere Gegenſtände noch eine nähere Anwendung zu machen, weil ſie vorzüglich zu einem weitläuftigen Streite unter den Rechtsgelehrten Anlaß gegeben haben.

§. 71.

Ueber die Controverſe der ältern und neuern Juriſten, wegen der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen.

Lange iſt unter den Rechtsgelehrten über die Frage geſtritten worden: Ob den Unmündigen, wenn ſie ſich ohne Vormund in Rechtsgeſchäfte einlaſſen, nicht wenigſtens eine natürliche Verbindlichkeit obliege? Schon die Römiſchen Juriſten waren hierüber ganz uneinig, wie die Stellen ergeben, welche aus ihren Schriften in den Pandekten aufbehalten ſind. **Neratius** und **Licinius Rufinus** verneinen die Frage ausdrücklich; Erſterer ſchreibt [1]): Quod pupillus ſine tutoris auctoritate ſtipulanti promiſerit, ſoluerit, repetitio eſt, *quia nec natura debet*; und der letztere ſtimmt ihm bei: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali* obligatur [2]). Grade das Gegentheil

1) L. 41. D. de condictione indeb.
2) L. 59. D. de O. et A.

theil lehrt **Ulpianus** in folgenden Worten: Qualiscunque obligatio sit, quae praecessit, nouari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut ciuiliter teneat, *aut naturaliter, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* [3]), und mit ihm **Marcianus**: In numerationibus aliquando euenit, ut una numeratione *duae obligationes* tollantur. Veluti si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit, sub ea conditione: si eam pecuniam numerauerit; in duas causas videri eum numerasse, *et in debitum suum* ut in falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum consequatur [4]). Auch **Paullus**, von dem wir in L. 43. D. de O. et A. den Satz leſen: pupillum sine tutoris auctoritate non obligari iure ciuili, findet kein Bedenken, in Rückſicht auf die natürliche Verbindlichkeit an einer andern Stelle das Gegentheil zu behaupten: Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutuo data sunt, legatum a creditore meruerit, sub hac conditione, si decem, quae acceperit, heredi reddiderit; una numeratione et implet conditionem, et liberatur *naturali obligatione*; adeo autem et *soluere* videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus erat,

3) L. 1. §. 1. D. de Nouat.
4) L. 44. D. de Solut.

mortuo, nil repetere poſſit [5]. So auch **Marcianus**: Si eius pupilli, cui ſine tutoris auctoritate pecunia credita erat, reſtituta ex eo Senatusconſulto mihi fuerit hereditas, *ſi ſoluam creditori, non repetam*; atqui heres, ſi poſt reſtitutionem ſoluat, repetet; *non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata* intelligitur [6]. Es iſt eine vergebliche Mühe, welche verſchiedene Ausleger von Zeit zu Zeit angewandt haben, dieſe Geſetze mit einander zu vereinigen [7]. Man

5) L. 21. D. ad L. Falcid.

6) L. 64. D. ad S. C. Trebell.

7) Cuiacius ad L. 25. §. 1. D. quando dies legat. vel fideicomm. ced. Lib. XVIII. Quaeſt. Papin. geſteht freimüthig: Sunt hac in re permultae leges, quae pugnant inuicem, et eſt ſummus omnium labor, in eis adducendis in concordiam; fuit mihi olim maximus; et diu in deſperatione fui. Am Ende glaubt er die verſchiedenen Geſetze glücklich zu vereinigen, wenn er die Stellen, welche dem Pupillen eine natürliche Verbindlichkeit auflegen, bloß von dem Falle erklärt, da der Pupill mit dem Schaden eines andern ſich reicher befindet. **Cujaz** iſt nicht der Erſte, welcher dieſen Ausweg gelehrt hat; ſchon **Martinus** bediente ſich deſſen, wie **Donell** anmerkt: Tradita haec diſtinctio a Martino, et repudiata iam olim a veteribus interpretibus, noſtra aetate *refricatur a quibusdam* et pro certiſſima nobis obtruditur, ſine alia probatione, ad L. 127. de V. O. p. m. 375. Andere Verſuche, den Widerſpruch der angeführten Geſetze zu heben, findet man beim *Tim.* Faber Diſſert VIII. ad Inſt. thes. XI. *J. O.* Westenberg Diſſert. I. de caus. oblig. §. 14. *Hugo* Donellus l. c. und Lib.

Man wird keinen Ausweg befriedigend finden, ſondern am Ende denen beitreten müſſen, welche behaupten, daß die obige Frage unter den verſchiedenen Secten der alten Juriſten wirklich controvers geweſen ſei [8]). Eben ſo wenig ſind auch die neuern Juriſten über dieſen Punct mit einander einverſtanden, indem einige die natürliche Verbindlichkeit des Pupillen gradezu behaupten [9]), andere hingegen ſolche durchaus verneinen [10]). Der Hauptfehler, deſſen man ſich auf beiden Seiten ſchuldig gemacht hat,

Lib. XII. Comment. iur. ciu. cap. 2. *Ulr.* HUBER Lib. 3. Prael. ad Inst. Tit. 20. §. 2. *Georg* d'ARNAUD Lib. 2. var. conie&t. cap. 22. Den mehrſten Beifall ſcheint die Meinung gefunden zu haben, daß man einen Unterſchied machen müſſe, zwiſchen pupillis pubertati proximis, und infantiae proximis, dergeſtalt, daß jene durch Verträge ſich naturaliter verpflichten könnten, dieſe aber nicht. HOEPFNER elem. iur. ciuil. §. 734. wogegen aber DONELLUS ad L. 127. D. de V. O. wichtige Erinnerungen vorträgt.

8) *Chr.* THOMASIUS *ad Huberi* Prael. iur. ciu. Lib. 3. Instit. Tit. 21. §. 3. *Emund.* MERILLIUS Lib. VII. Obseruat. iur. ciuil. Cap. V. *G.* MASCOV de ſectis veterum iuris cons. Cap. 9. pag. 192. *C. F.* WALCH ad Eckhardi hermeneut. iur. pag. 300.

9) SCHULTING de naturali obligatione Cap. 10. imgleichen in ſeinen Thesib. controuers. iuxta seriem Digestorum Decad. VII. §. 8. DONELL. ad L. 127. D. de V. O. WESTENBERG de caus. obl. Diss. I. Cap. 4. §. 14. *Joach.* HOPP ad pr. I. de auctor. tut.

10) CUIACIUS ad L. 127. D. de V. O. *Sam.* de COCCEII iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Quaest. 30. HUBER Praelect. ad instit. Lib. 3. Tit. 20. §. 4.

beſteht darin, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Begriff der natürlichen Verbindlichkeit, worauf es hier ankommt, genau beſtimmt hat, um einer Logomachie zu entgehen, welche bei den verſchiedenen Beziehungen, worin die Sache genommen werden kann, ganz unvermeidlich iſt. Iſt von der natürlichen Verbindlichkeit im weiteſten Sinn die Rede, und ſoll die Sache bloß nach den Geſetzen der Vernunft, ohne Rückſicht auf bürgerliches Verhältniß, entſchieden werden, ſo iſt es ganz unleugbar, daß auch Unmündige ſich allerdings verbindlich machen können. Die Gründe, welche von Andern bereits angemerkt worden, ſind völlig überzeugend: „Die verſchiedenen Abtheilungen des Menſchenalters „und beſonders die mancherlei Stufen der Unmündig„keit, ſind eine bloße Erfindung poſitiver Geſetze. „Man kann alſo nicht ſo geradezu ſagen, der Infans „kann nach natürlichen Rechten keinen Vertrag er„richten, und durch ſeine Handlung keine Verbind„lichkeit übernehmen. Wenn er die Einſicht davon „hat, und weiß, was er unternimmt, ſo finden wir „keinen Grund, dem Vertrag ſeine Gültigkeit nach „natürlichen Rechten abzuſprechen. Hier läßt ſich „überhaupt kein allgemeiner Maßſtab annehmen, ſon„dern der Richter, welcher nichts von poſitiven Ge„ſetzen wußte, und alles nach dem Naturrechte ent„ſcheiden ſollte, würde hier auf die individuellen Ver„

„ſtandeskräfte eines jeden Rückſicht zu nehmen ha„ben“ [11])—. Wenn wir uns aber den Unmündigen in einer bürgerlichen Societät gedenken, wo Perſonen ſeines Alters durch poſitive Geſetze von Eingehung der Rechtsgeſchäfte ausgeſchloſſen ſind, ſo gewinnet der Gegenſtand, welchen wir zu unterſuchen haben, eine ganz andere Geſtalt. Läßt ſich unter dieſen Umſtänden, ohne Zuſtimmung des Vormundes eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen annehmen? Dieſe Frage iſt ſchon etwas beſtimmter, aber immer noch zu allgemein, als daß man ſie geradezu entweder bejahen, oder verneinen könnte. Es giebt mancherlei Arten der Verbindlichkeiten; nicht auf alle paßt der Grund, weshalb die bürgerlichen Geſetze die vollkommene Verbindlichkeit des Pupillen von der Autorität ſeines Vormundes abhängig machen. Iſt dieſer Grund darin zu ſetzen, weil man dem unmündigen keine gehörig überlegte Willenserklärung zutrauet, ſo muß auch in allen den Fällen, wo die Verbindlich-

 keit

11) Neueſte Juriſtiſche Litteratur, Erlangen 1778. 2ter Band, Seite 130. Eben ſo urtheilt Schulting de obligatione naturali Cap. 10.: Pupillos, ubi intellectus sunt capaces, mero naturali iure valide omni ex causa obligari liquet; etsi quoto id fiat anno naturalis ratio non determinet; ſiehe auch Grotius de iure belli et pacis II. XI. 5. Fr. Glafey Vernunft- und Völkerrecht, Seite 436.

keit nicht von der Einwilligung des Schuldners abhängt, der Pupill ohne Vormund vollkommen verbindlich werden können. Dieß iſt es, was Paullus mit den Worten: Furiosus et pupillus, ubi *ex re* actio venit, obligantur [12]), bezeichnet; und doch konnten die Ausleger über den wahren Sinn dieſer Stelle in einen Streit gerathen. Der Ausdruck, ex re, ward ihnen anſtößig. Einige glauben, der Juriſt habe darunter nichts anders, als das Delictum und den ſogenannten Quaſicontract verſtanden [13]). Huber giebt das Erſtere zwar zu [14]), weil es ſelbſt in unſern Geſetzbüchern heißt: omnes ex delicto obligationes *ex re* nascuntur; allein das Zweite iſt ſeiner Meinung nach unter dieſen Worten nicht mit begriffen; denn, ſagt er, der Pupill kann ſich weder durch Antritt einer Erbſchaft verbindlich machen, noch condictione indebiti belangt werden, ja es findet auch gegen den Pupillen die actio negotiorom gestorum directa eigentlich nicht Statt [15]). Genau erwogen, ſind die Worte des **Paullus** weder von dem einen, noch von dem andern Falle ohne Unterſchied anzunehmen. Denn was die ſogenannten Quaſicontracte anbetrifft, haben die Einwürfe

12) L. 46. D. de O. et A.

13) Hahn *ad Wesenbec.* lib. 3. Tit. 5. n. 3.

14) Huber Lib. 3. Prael. ad Inst. Tit. 20. §. 2.

15) §. 1. Inst. *de unitil. stipul.* L. 3. §. 4 D. de *negot. gest.* §. 1. I. *quib. mod. re contrahitur oblig.*

würfe **Hubers** einigen Grund [16]. Hingegen in Rückſicht auf die unerlaubten Handlungen iſt zwar nicht zu leugnen, daß auch Unmündige durch Verbrechen ſich verbindlich machen können [17]; aber auch der Wahnſinnige, der furiosus? Und doch ſagt Paullus, *furiosus* et pupillus ubi ex re actio venit obligantur. Ich weiß es wol, daß ei-

16) In Anſehung der condictio indebiti könnte indeſſen noch ein Zweifel entſtehen. Zwar heißt es im §. 1. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* ausdrücklich: Pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione. Allein da dieſe Klage ihrer Natur nach überhaupt nur wider denienigen mit glücklichem Erfolg angeſtellet werden kann, welcher ſich durch die empfangene Nichtſchuld reicher befindet, L. 3. und 65. §. 8. D. de cond. indeb., ſo ſcheint es, daß der Pupill, wenn ſolches bei ihm zutrifft, keinesweges von der Klage auszunehmen ſei. Vielleicht iſt die etwanige Schwierigkeit folgendergeſtalt gehoben. Wird die Nichtſchuld von einem Großjährigen zurückgefordert, ſo darf der Kläger ſein fundamentum agendi nur in der aus Irrthum geſchehenen Zahlung gründen; und dem Beklagten liegt der Beweiß ob, daß er dadurch nicht locupletior geworden ſei. Wird hingegen wider einen Pupillen geklagt, ſo macht ihn der bloße Empfang der Nichtſchuld noch keinesweges verbindlich, ſondern der Kläger muß ſelbſt den Grund der Klage darin ſetzen, daß Beklagter ſich durch das indebitum reicher befinde, und folglich tritt unter dieſen Umſtänden eigentlicher die ſogenannte condictio sine causa ein.

17) L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 23. D. de furtis. L. 111. D. de Reg. iur. L. 4. C. auct. tutor. Cocceii iur. controu. L. 2. Tit. 14. Qu. 30. 31.

nige Rechtsgelehrte behauptet haben, der Raſende könne zwar nicht beſtraft [18]), jedoch die Vergütung des Schadens allerdings aus ſeinen Gütern gefordert werden [19]). Dieſe Meinung iſt aber nicht allein dem Naturrechte [20]), ſondern auch dem wahren Sinn

18) In Anſehung der Strafe iſt die Sache ohnehin ſo evident, daß ſie keines Beweiſes bedarf. Man ſehe inzwiſchen L. 3. §. 1. de iniur. L. 12. ad L. cornel. de Sicar. L. 14. D. de off. Praesid.

19) Dieß behaupten MENCKE ad Pand. Lib. 47. Tit. 1. §. 14. SCHAUMBURG Compend. Digest L. 9. Tit. 1. §. 3. SCHMIDT Inſtit. iur. ciu. §. 423. HOMMEL Rhapsod. Quaest. Obs. 567. von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit, S. 58. Das Gegentheil wird vertheidigt von CARPZOV Quaest. crim. 143. n. 15. 16. Qu. 145. n. 21. BERGER iurisprud. crim. p. 145. LEYSER Spec. 532. Med. 1. 2. 3. u. a. m. von Quiſtorp Grundſätze des peinlichen Rechts. §. 38.

20) Zwar behauptet THOMASIUS Diss. Larua legis. Aquil. §. 9. Tom. 2. Dissert. Halae 1773. ſequ. edit. pag. 851. imgleichen GRIEBNER de incestis cum nouercae matre nuptiis coroll. 2, daß nach Vorſchrift des Naturrechts die Vergütung des Schadens aus dem Vermögen des Raſenden geſchehen müſſe, weil nicht abzuſehen ſei, warum der Unſinn und die Raſerei eines Menſchen andern mehr als ihm ſelbſt nachtheilig werden ſolle. Da aber die Geſetze der Vernunft zu einer jeden verbindlichen Handlung erfordern, daß ſie ihrem Urheber zu imputiren ſei, dieſes aber bei raſenden und wahnſinnigen Leuten wegfällt, ſo iſt der Schade, welchen ſie anrichten, offenbar ein damnum casuale, weshalb derjenige, den es trifft, keine Vergütung fordern kann. Gundling erläutert die Sache durch folgendes

Sinn der bürgerlichen Geſetze offenbar entgegen [21]). Die richtige Erklärung der obigen Worte des

Paullus

des Beiſpiel: „Es iſt einer vom Gerüſte auf einen „andern gefallen, welchem er den Arm entzwei gebro„chen. Dieſer wollte den Schaden erſetzt haben; ein „närriſches petitum! Was kann einer dafür, der oben „von dem Gerüſte fällt. Eben ſo einem Kinde, einem „furioso kann nichts imputirt werden, wenn ſie Scha„den thun, weil kein intellectus distinctus vorhanden „iſt; und da bei ihnen kein wahrer dolus oder culpa „ſtatt findet, ſo kann man ihnen auch nichts abfordern. „Es iſt ein casus. Casus autem est extra facien„tis factum; das factum iſt nicht meine, und kann „mir alſo auch nicht imputirt werden; Fällt die Im„putation weg, ſo kann mich auch Niemand anhalten „ad damnum reparandum." **Diſcours über das Natur- und Völkerrecht**, Seite 139. und 142. Das iſt deutlich; wenn man gleich hier und überhaupt von dieſem Schriftſteller ſagen kann: Est velut in rudi aedificio firmus sane paries et duraturus, sed non satis expolitus et splendens. Tacitus.

21) Man hat zwar aus den LL. 5. §. 2. und 33. §. 1. *D. ad L. Aquil.* das Gegentheil beweiſen wollen, aber ſehr unrichtig argumentirt. Der Schluß iſt dieſer: In L. 5. cit. heißt es, daß die Klage aus dem Aquiliſchen Geſetze hier nicht Statt finde; nun ſagt **Paullus** in L. 33. §. 1. ausdrücklich: In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio; mithin muß dem Beſchädigten dieſe Klage geſtattet werden. Unmöglich können aber die Worte *Paulli* ſo viel andeuten, daß in allen Fällen, wo Lex aquilia nicht anwendlich iſt, in factum geklagt werden dürfe; vielmehr verſteht ſich die Vorausſetzung von ſelbſt, daß der Beklagte einer Rechtswidrigen Handlung **ſchuldig** oder **theilhaftig** ſei. §. ult. I. de L. Aquil. verb.; *qui ob-*

noxius

Paullus iſt inzwiſchen mit gar keinen Schwierigkeiten verknüpft, wenn wir nur das, worauf der Juriſt ſein Hauptaugenmerk richtete, nicht außer Acht laſſen. Ihm kam es nur darauf an, zu zeigen, in welchen Fällen der Pupill, und der Wahnſinnige **ohne Vormund** verbindlich werden können. Wenn er nun

noxius fuerit. Wie wenig das hier anwendlich ſei, ergeben ſelbſt die Worte des erſtgedachten Geſetzes: L. 5. §. 2. cit. *Quae enim in eo culpa ſit, quum ſuae mentis non ſit?* Et hoc eſt veriſſimum, ceſſabit igitur aquil. actio, quemadmodum ſi quadrupes damnum dederit, aut ſi tegula ceciderit. **Ulpian** geſteht hier ſelbſt, daß ein bloßes damnum caſuale vorhanden ſei, und erklärt eben darum die Klage unzuläſſig. Die Vergleichung: quemadmodum ſi quadrupes damnum dederit, ändert die Sache nicht. Denn wenn gleich in dieſem Falle nach beſondern Vorſchriften des poſitiven Rechts die actio noxalis eintritt, ſo folgt noch nicht, daß eben ſo auch zur Erſetzung des Schadens aus den Gütern des Kindes oder des Wahnſinnigen eine Klage zuläſſig ſei. Dem Rechtsgelehrten **Ulpian** iſt dieß um ſo weniger in den Sinn gekommen, da er dem erwähnten Beiſpiele: ſi quadrupes damnum dederit, zugleich ein anderes beifügt: *aut ſi tegula ceciderit*, wobei ſicher gar keine Klage Statt findet. Kurz, da der Beſchädigte vermöge des Naturrechts hier keine gegründete Forderungen hat, ſo ſind beſtimmte Verordnungen des poſitiven Rechts erforderlich, wenn er dazu befugt ſein ſoll. Schon der Sachſenſpiegel II. 65. und III. 3. und der Schwabenſpiegel c. 148. enthalten dergleichen Vorſchrift. Neuerer Zeit iſt ſolches in dem Preuß. Geſetzbuche I. 6. 41. ꝛc. gleichfalls, jedoch in ſubſidium, und mit billigem Vorbehalte in Anſehung des Unterhalts und der Erziehungskoſten geordnet worden.

nun dieſes dahin beſtimmet: ubi ex *re actio* venit etc.: ſo will er unſtreitig nicht mehr und nicht weniger andeuten, als daß in ſolchen Fällen nur **die vormundſchaftliche Einwilligung** nicht nöthig ſei, daß aber die übrigen Erforderniſſe einer Verbindlichkeit in Fällen dieſer Art ſchlechterdings vorhanden ſein müſſen. In ſo fern nun dieſe auf den Wahnſinnigen oder Pupillen paſſen, in ſo fern findet auch allerdings eine Verbindlichkeit derſelben Statt. Z. B. wenn Jemand zu ihrem Beßten Ausgaben beſtritten hat, wenn ſie mit dem Schaden eines Andern reicher werden würden ꝛc. Dahingegen die Verbindlichkeit unſtreitig wegfällt, wenn dasjenige, was ſie weſentlich vorausſezt, bei ihnen keine Anwendung leidet. So z. B. erfordert zwar die aus Verbrechen entſpringende Verbindlichkeit die Concurrenz des Vormundes nicht; aber ſie ſezt doch Moralität und Freiheit bei dem Urheber der Handlung voraus, weshalb der Wahnſinnige gar nicht, der Pupill aber nur, wenn er eines böſen Vorſazes fähig war, daraus belangt werden kann. Dieß iſt der natürlichſte Aufſchluß der gedachten Stelle. Die Hauptfrage von der natürlichen Verbindlichkeit kann alſo in Fällen, wo die Verbindlichkeit des Pupillen ex ipsa re entſteht, ebenfalls keine Schwierigkeit finden; und mithin iſt die Unterſuchung eigentlich auf diejenigen Rechtsgeſchäfte, deren Gültigkeit das

bürger-

bürgerliche Recht von der Einwilligung des Vormundes abhängig macht, zu beſchränken. Sind dieſe Rechtsgeſchäfte eines Pupillen ohne Zuziehung des Vormundes dergeſtalt unkräftig und nichtig, daß ſie auch keine natürliche Verbindlichkeit hervorbringen? In dieſer Faſſung ſcheint die Frage von allen Seiten genau berichtigt zu ſein; und doch ſind auch hier noch folgende Beſtimmungen erforderlich, um die Sache von aller Mißdeutung zu befreien. Iſt von der natürlichen Verbindlichkeit in conscientia die Rede? oder beruhet die Frage darauf, ob ſelbſt in Gerichten eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen angenommen werde? So viel das Erſtere anbetrifft, iſt die Sache nach den allgemeinen Grundſätzen, welche wir im vorigen §. vorgetragen haben, leicht ausgemacht. Da der Pupill zu den Perſonen gehört, welche das Civilrecht zu ihrem eigenen Beßten, und in der Vorausſetzung, daß ihnen die natürliche Fähigkeit zum contrahiren abgehe, von aller Verbindlichkeit loszählt, ſo beruhet das Daſein oder Nichtdaſein der natürlichen Verbindlichkeit an ſich (in conscientia) lediglich darauf, ob jener Mangel an Freiheit und gehöriger Ueberlegung welchen die Geſetze als Regel annehmen, in dem vorkommenden Falle gleichfalls zutreffe. Wer in ſeinem Gewiſſen vom Gegentheil überzeugt iſt, der wird auch dem innern Richter ſeine Verbindlichkeit nicht

nicht verleugnen können [22], obgleich in foro externo keine Rückſicht darauf genommen wird. Giebt es aber auch Fälle, wo dieſe natürliche Verbindlichkeit ſelbſt in Gerichten als wirkſam anerkannt wird? Dieſe Frage iſt den Rechten nach nicht anders, als mit Nein, zu beantworten, in ſo fern der ganze Handel von Seiten des Pupillen ſelbſt, oder Seinentwegen vom Vormunde als ungültig angefochten wird, kurz, wenn es darauf ankommt, ob der Pupill **ſchuldig** ſei den Handel gelten zu laſſen? Die Geſetze geſtatten nicht nur keine Klage wider den, der in ſeiner Unmündigkeit etwas verſprochen hat, ſondern ſie erlauben ihm ſogar, was er wirklich ſchon bezahlt hat, wieder zurück zu fordern [23]. Auf die vielleicht in manchem einzelnen Falle vorhandene Gewiſſenspflicht kann in Gerichten nicht geſehen werden. (§. 70.) Darf aber dieſe Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte auch von andern Perſonen außer dem Pupillen in Anrege gebracht, vielleicht gar zu ſeinem Nachtheile wider ihn oder wenigſtens gegen einen Dritten, ebenfalls vorgeſchützt werden?

Nach

22) Wiewol **Gundling** ſo ganz unrecht nicht hat, wenn er a. a. O. Seite 188. ſagt: „Mit Pupillis, und „Minoribus, iſt es gut, daß ſie nicht allein contrahiren. Du magſt ſagen, was du willſt; es iſt allezeit „die Präſumtion, daß du ſie willſt betrügen.“

23) §. 9. I. de inutil. stipul. L. 41. D. de condict. indeb.

Nach den allgemeinen Vorſchriften des Naturrechts ſind freilich Perſonen, denen der Gebrauch des Verſtandes, mithin die Freiheit des Willens abgeht, auch vom Erwerb ſolcher Rechte und Zuſtändniſſe, welche wir nur durch unſere Willenserklärung erlangen können, ausgeſchloſſen [24]). So wenig alſo der Unmündige bei wirklich fehlender Freiheit des Willens ſich verbindlich machen kann, eben ſo wenig mag er ſich auch unter dieſen Umſtänden Rechte erwerben; und eben ſo wenig können Andere außer ihm an einen Handel gebunden ſein, deſſen Beſtand eine freie Willenserklärung vorausſetzt, der aber von Perſonen eingegangen ward, bei denen keine gehörige Willenserklärung Statt findet. Sollte alſo die Sache allein nur nach den Geſetzen der Vernunft beurtheilet werden, ſo würde auch hier gelten, was wir bereits in Anſehung der Verbindlichkeit des Pupillen angemerkt haben. Das poſitive Recht hingegen behandelt beide Gegenſtände nicht durchgängig gleich. Die Geſetze haben keinen andern Zweck, als das eigene Beßte des Pupillen; nur um ſeinen Nachtheil zu verhüten, iſt ihm der Vormund zum Führer und Leiter in rechtlichen Angelegenheiten beigeordnet, und alles, was er ohne deſſen Zuſtimmung vornimmt, für nichtig erklärt worden.

24) Grotius *de iure belli ac pacis*, Lib. 2. cap. 11. §. 14.

worden. Dieſer Beweggrund findet aber nicht Statt, wenn der Nutzen des Pupillen die Aufrechthaltung eines ſolchen Handels erheiſcht, oder wenn es darauf ankommt, ob andere Perſonen außer ihm das Geſchäft als gültig anerkennen müſſen? Um nun das Alter, in welchem der Menſch rechtliche Geſchäfte gültig eingehen darf, zweckmäßig zu beſtimmen, haben die Geſetze die Fähigkeit, ſich verbindlich zu machen, möglichſt weit hinausgeſetzt, — hingegen bei der Fähigkeit, Rechte zu erwerben und andere ſich zu verbinden, den früheſten Termin beſtimmt, wo man nur irgend einige Begriffe bei dem Menſchen erwarten kann, um den rechtlichen Handlungen deſſelben eine Wirkſamkeit einzuräumen. So bald nämlich der Unmündige die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, ſind die Geſchäfte, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit ihm eingegangen iſt, dergeſtalt gültig, daß von Seiner Seite auf die Erfüllung des Handels gedrungen werden kann, — daß mithin derjenige, welcher einem Unmündigen etwas verſprochen hat, ſeine Zuſage halten muß [25], — daß der

S Bürge,

25) §. 9. I. de inutil. stipulat. in den Worten: alium sibi obligare potest, wobei ſich freilich von ſelbſt verſteht, daß der Pupill, wenn ſeiner Seits Rechte aus dem Handel behauptet werden, dagegen auch die Verbindlichkeiten anerkennen muß, welche das Geſchäft mit ſich bringt. Voet Comment. ad Pandect. XXVI. 8. 3.

Bürge, welcher wiſſentlich für den Pupillen gut geſagt, mit Recht in Anſpruch genommen wird [26], — daß der Gläubiger, welcher einen Pupillen zum Expromiſſor annimmt, ſeine Forderung gegen den Hauptſchuldner nicht weiter anbringen kann, ſondern der letztere völlig befreiet wird [27], — daß derjeni-nige,

26) Frommann de obligatione naturali §. 51.: Pupilli quantum ad ipsos nec naturaliter tenentur ex suis conuentionibus; dico: *quantum ad ipsos.* Nam quantum ad praeiudicium aliorum, ut nulla prohibitione ciuili opus fuit, sic valida manet ipsorum obligatio, quare recte et efficaciter quidem ſideiussor eidem accedit. Durch dieſe Anmerkung glaubt er auch zugleich den Widerſpruch zu heben, welchen man in Anſehung der natürlichen Verbindlichkeit des Pupillen in den Römiſchen Geſetzen antrifft. So lehrt auch *Hugo* Donellus ad L. 127. D. de V. O. p. 376.: Si a persona pupilli discesseris, omnibus aliis ea obligatio tam prodest re ipsa aut nocet, quam si alius quiuis fuerit iure obligatus; ingleichen Schulting *de obligatione naturali* Cap. 10. p. 27. Von der Verbindlichkeit des Bürgen werden wir unten in einem beſondern Abſchnitte ausführlicher zu handeln haben.

27) §. 3. I. *Quib. mod. toll. oblig.* Frommann cit. loc. wie auch Donell in den Worten: Prodeſt ea obligatio debitori, quem creditor liberare voluit nouatione, dum hic, quod sibi ab alio debetur, ſtipulatur a pupillo, nouandi animo. Liberatur enim debitor hac ſtipulatione non minus, quam si creditor ab alio quouis stipulatus esset; non alia de causa, quam quod ex ea stipulatione nata est obligatio vere naturalis, in quam prior transfusa nouationem peperit, ac sine eo nulla facta esset nouatio.

nige, welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hatte, wenn er in der Folge des Unmündigen Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des Falcidiſchen Viertels ſich auszugleichen hat, ſeine ganze Forderung, mithin nicht bloß dasjenige, wodurch der Pupill locupletior geworden, in Anrechnung bringen kann [28]), — daß endlich die Schuld des Pupillen eine Novation zuläßt [29]); u. d. m. Bei Unmündigen hingegen, welche die Jahre der Kindheit noch nicht zurückgelegt haben, verhält alles dieſes ſich anders; das Kind kann weder ſich, noch Andere gültig verbinden, noch Rechte erwerben [30]), wenn wir die Beſitzergrei-

28) *L.* 95. §. 2. *D. de Solution.* Si creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit, non, quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. NELLER *de obligatione naturali* §. 21.

29) L. 1. §. 1. D. *de Nouat.* NELLER c. l. §. 16. not. x.: Nouare potest pupillus obligationem, quam abusiue contraxit, in nouam abusiuam, absque tutore. Nouare potest illam in ciuilem, *cum tutore* vel etiam absque hoc, si sui iuris factus est.

30) Die Regel: Pupillus alium sibi obligare potest, etiam sine tutoris auctoritate, §. 9. I. *de inutil. stipulat.* wird gleich darauf §. 10. ibid. dahin erläutert: Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, *qui iam habent aliquem intellectum.* Nam infans, et qui infantiae proximus est, non multum a furioso distant, quia huiusmodi aetatis pupilli nullum

fung einer ihm übergebenen Sache ausnehmen [31]): wovon aber Coccji urtheil: quod ad ea pertineat, quae nudi facti sunt; non enim hic de *iure* quaeritur, sed de sola facultate rem tenendi cum animo sibi habendi, quae utraque requisita etiam penes infantem esse possunt [32]). Wir glauben alſo nunmehr die ganze Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen in folgenden Sätzen richtig zu beſtimmen: I. Soll die Sache ohne Rückſicht auf bürgerliche Geſetze nur nach den Vorſchriften des Naturrechts beurtheilet werden, ſo kann der Menſch in jedem Alter ſich gültig verbinden, ſobald er nur die gehörige Einſicht hat, und weiß, was er unternimmt. II. Wenn aber die bürgerlichen Geſetze keine Verbindlichkeit des Pupillen anerkennen, ſo erſtreckt ſich doch dieſes nicht auf diejenigen Fälle, wo die Obliegenheit ex ipsa re, ohne des Schuldners Einwilligung entſpringt. III. Wenn

nullum habent intellectum. Doch heißt es auch ſchon von denen, welche nur über die Kindheit hinaus ſind: *Sed in proximis infantiae propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.* Stryck cautel. contract. Sect. I. Cap. 2. Claproth *iurisprud. heurem.* §. 6. Ganz vorzüglich verdient Vinnius *Comment. ad Institut.* über dieſe Stelle nachgeleſen zu werden.

31) L. 3. C. *de adquir. vel amitt. possess.*

32) Coccii iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 30.

Wenn hingegen der Pupill ſich in einen Handel eingelaſſen hat, deſſen Gültigkeit nur von des Vormundes Einwilligung abhängt, ſo kann ihm zwar nach individuellen Umſtänden eine natürliche Verbindlichkeit in conscientia obliegen, worauf aber in Gerichten keine Rückſicht genommen wird, indem man hier den Pupillen als einen ſolchen behandelt, der ſich zu nichts verpflichten konnte. IV. Wenn aber der eigene Nutzen des Pupillen die Aufrechthaltung ſolcher Geſchäfte, welche er ohne Zuziehung ſeines Vormundes eingegangen iſt, erheiſchet, wenn von Rechten, welche er dadurch erwerben kann, von Verbindlichkeiten, welche Andern außer ihm dadurch aufzulegen ſind, die Rede iſt, ſo behaupten die Rechtsgeſchäfte des Pupillen, ſobald er nur die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, ihren völligen Beſtand.

§. 72.

Ueber die natürliche Verbindlichkeit des Minderjährigen, in Rückſicht auf die Vorſchriften des Römiſchen Rechts.

Wenn ſchon Unmündige nach den Vorſchriften des Naturrechts überhaupt ſich allerdings verbindlich machen können, wenn es Fälle giebt, wo den Pupillen ſelbſt ohne des Vormundes Einwilligung eine in bürgerlichen Gerichten völlig wirkſame Ver-

bindlichkeit treffen kann, wenn die Rechtsgeſchäfte deſſelben wenigſtens in ſo fern immer gültig ſind, als ſein eigenes Intereſſe ihre Aufrechthaltung erfordert, oder von Verbindlichkeiten Anderer die Rede iſt, ſo leidet dieſes alles in Anſehung der Minderjährigen noch weniger Zweifel [1]). Ob aber außer dieſen Fällen die Rechtsgeſchäfte derſelben ohne vormundſchaftlichen Beiſtand, nach eben den Grundſätzen zu behandeln ſind, welche nach Anleitung des vorigen §. bei den Unmündigen eintreten, mithin der Minderjährige, wenn er ſelbſt in Anſpruch genommen wird, wenigſtens in bürgerlichen Gerichten [2]) als ein ſolcher behandelt werden muß, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit obliegt? iſt eine Frage, über deren Entſcheidung ſich die Gelehrten gleichfalls noch ſehr uneinig ſind. Nach Römiſchen Rechten bekam der Minderjährige der Regel nach wider ſeinen Willen keinen Vormund, ſondern nur als=

1) Coccejı iur. controu. L. 2. Tit. 14. Qu. 31. am Ende.

2) Was die Verbindlichkeit in conſcientia anbetrifft, beziehen wir uns auf dasjenige, was wir bereits im Vorhergehenden vorgetragen haben. Sollte inzwiſchen der Minderjährige ſich eines wirklichen doli ſchuldig gemacht, oder nach erlangter Großjährigkeit den Handel genehmigt haben, ſo darf er bekanntlich von den ihm ſonſt verliehenen Rechtswohlthaten nicht weiter Gebrauch machen. Voet tit. de minorib. §. 43. und 44.

alsdann, wenn er ſelbſt darum anhielt [3]); war ihm aber Einmal ein Vormund beigeordnet, ſo ſtand es

 ihm

3) Schulling *ad Ulpiani fragmenta* Tit. 12. not. 11. in iurispr. anteiust. Pag. 606. *Georg Conr.* Crusius Dissert. *ad Const. D. Marci de curator. Minor.* in Fellenberg. iurisprud. antiqua Tom. 2. Amaga Lib. 1. Obseru. Cap. 8. n. 15. und andere mehr behaupten zwar das Gegentheil. Dieſen tritt auch bei der ungenannte Verfaſſer der Abhandlung: über die Fähigkeit der Minderjährigen ſich verbindlich zu machen; in Hagemann und Günthers Archiv für die theoret. und prakt. Rechtsgelehrſamk. VI. 1. Daß es allerdings Fälle gab, in welchen der Minderjährige durchaus einen Curator haben mußte, zum Beiſpiele wenn er von ſeinem Tutor Rechnung abgelegt haben wollte, Zahlungen zu erheben, oder Proceſſe zu führen hatte, daß ferner wol die mehrſten Minderjährigen durch dieſe beſondere Vorſchriften gleichſam indirecte genöthigt wurden, ſich einen Curator zu erbitten, um der Verlegenheit abzuhelfen, welcher ſie ohne ihn ausgeſetzt waren, wird Niemand leugnen. Man ſehe auch Höpfner theoret. prakt. Commentar. §. 227. Sobald es aber darauf ankommt, was man eigentlich der Regel nach als Geſetzlichen Grundſatz anzunehmen habe, ſo iſt die Beſtimmung §. 2. *J. de curatoribus:* inuiti adolescentes curatores non accipiunt, verglichen mit LL. 13. §. ult. D. de tutor. et curator. datis, 43. §. 3. D. de curator. und 3. C. de in integr. restit. völlig entſcheidend. Cf. Vinnius ad §. 2. I. *de Curator.* Hetzer Diss. ad legem Laetoriam §. 12. vorzüglich Höpfner §. 225. und 226. und daſelbſt angeführte DD., die auch den Einwürfen begegnen, welche man aus einer ältern Verordnung *Marci Antonini* herzunehmen pflegt. Die Erklärung, welche Schulting und Cruſe bei der angezogenen Stelle verſuchen, daß nemlich

ihm nicht frei, denſelben nach Gutbefinden wieder abzudanken, ſondern er blieb bis zur erlangten Großjährigkeit unter Curatel [4]). Derjenige nun, welcher keinen Vormund hat, kann nach Römiſchen Geſetzen, ſeines minderjährigen Alters ungeachtet, der Regel nach über das Seinige frei diſponiren, und durch rechtliche Handlungen ſich ſowol, als Andere gültig verbinden; nur wenn er eine nicht ganz unbeträchtliche Verletzung darthun kann, iſt ihm das beneficium restitutionis geſtattet [5]). Steht aber der Minderjährige Einmal unter Curatel, ſo kann er in Dingen, welche ſein Vermögen betreffen, ohne Zuſtimmung des Vormundes ſich keinesweges verbindlich machen, ſondern die ganze Handlung iſt nichtig. So iſt die Sache wenigſtens durch folgende Verordnung beſtimmt: *Si curatorem habens* minor

nemlich kein anderer für den Minderjährigen einen Vormund, der ihm misfällig wäre, erbitten könne, daß aber der Minor ſchuldig ſei, ſelbſt um einen Vormund anzuhalten, folglich die Curatel doch immer nothwendig bleibe, iſt ſehr gezwungen, und dem Inhalte des Textes grade entgegen, weil derſelbe im allgemeinen verordnet: inuiti adolescentes curatores *non accipiunt*.

4) Hoepfner §. 226.

5) So auch der Minderjährige, welcher mit Zuziehung des ihm beigeordneten Vormundes gehandelt hat, und dennoch laediret worden iſt. Ausführlicher hievon, imgleichen von den Fällen, in welchen die Reſtitution dem Minderjährigen nicht zu Statten kommt, handelt Voet *Comment. ad Pand.* Lib. IV. Tit. IV. §. 43. sequ.

nor quinque et viginti annis, post pupillarem aetatem res vindidisti, hunc contractum ſeruari non oportet, quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est — Si vero *sine curatore constitutus* contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis [6]. Daß nun vermöge dieſes Geſetzes dem Minderjährigen, welcher mit keinem Vormunde verſehen iſt, nicht nur eine natürliche, ſondern auch, bei nicht erweißlicher Laeſion, eine bürgerliche Verbindlichkeit obliege, daß, wozu er ſich anheiſchig gemacht hat, zu erfüllen, iſt eben ſo ausgemacht, als daß im Gegentheil der minor, dem ein Vormund zugeordnet iſt, ohne des letztern Einwilligung ſich nicht verbindlich machen könne, vielmehr in Gerichten ſo behandelt werde, als ob ihm auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliege; weshalb denn nicht allein keine Klage wider ihn Statt

S 5 findet,

6) L. 3. C. *de in integrum. restitut.* minor — *Herm.* Vulteius Disceptat. iur. scholast. cap. 16. will den Ausdruck: *sine curatore constitutus* von einem Minderjährigen verſtanden wiſſen, der zwar mit einem Vormunde verſehen war, aber doch ohne deſſen Zuziehung den Contract geſchloſſen hatte. Dieſe Erklärung iſt freilich ſehr gezwungen. Man wird aber übrigens den bekannten Scharfſinn dieſes Rechtsgelahrten in der ganzen Unterſuchung, die er über die Sache anſtellt, nicht vermiſſen.

findet, ſondern auch die etwa geſchehene Erfüllung ſeines unverbindlichen Verſprechens zurückgefordert werden kann. Da der unter Vormundſchaft ſtehende Minderjährige dem gleich geſchätzt wird, cui a Praetore, curatore dato, bonis *interdictum* est: ſo iſt die Sache über alle Zweifel hinweg [7]). Deſſen ungeachtet hat es von Zeit zu Zeit nicht an Rechtsgelehrten gefehlt, welche ohne Rückſicht auf den Unterſchied zwiſchen Minderjährigen, die keinen Vormund haben, und ſolchen, welche damit verſehen ſind, behauptet haben, daß auch die Handlungen der letztern wegen fehlender vormundſchaftlicher Einwilligung keinesweges ipso iure für null und nichtig zu achten wären. Man beruft ſich auf eine andere Stelle in dem Römiſchen Geſetzbuche, welche ſo lautet: Puberes sine curatoribus *suis* possunt ex stipulatu obligari [8]). Andere, welche das Gegentheil

7) Argum. L. 6. D. *de Verb. Obl.* Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari.

8) L. 101. *de Verb. Obl.* In L. 43. D. *de obligat. et act.* heiſt es zwar auch: obligari potest Paterfamilias, sua potestate pubes, compos mentis. Allein da hier der Curatoren gar keine Erwähnung geſchieht, ſo laſſen ſich die Worte ſchicklich von Minderjährigen, die keinen Curator haben, erklären. Unter mehrern Rechtsgelehrten, welche beſonders vermöge cit. L. 101. de V. O. behaupten, daß die Rechtsgeſchäfte eines Minderjährigen auch ohne den ihm beigeordneten Vormund nach

theil lehren, haben alle mögliche Hülfsmittel aufgeboten, um dieſe Stelle mit der eben angeführten Conſtitution: *ſi curatorem habens* etc. zu vereinbaren [9]. Auch die Kritik hat es verſucht, durch Ver-

nach ſtrengem Rechte immer gültig wären, und von denen daher L. 3. C. de in integr. reſtit. minor. bald dieſe, bald jene Deutung erhält, wird es genügen folgende anzuführen. *Hermann.* VULTEIUS in Diſcept. iur. ſcholaſt. l. c. *Zachar.* HUBER Diſs. *de obligatione puberum* ad L. 101. D. de Verb. oblig. Cap. 7. *Joh. Gottl.* HEINECCIUS *in notis ad Vinn. comment. Inſt. Lib. III. Tit.* 20. §. 9. *Joh. Guil.* MARCKART interp. recept. iur. ciuil. lect. Lib. I. Cap. 21. *Joſ. Lud. Ern.* PÜTTMANN Diſs. *de Saluiano interdicto* Cap. V. not. m. imgleichen in ſeinen Probabil. Lib. 1. p. 149. Beſonders hat man die angeführte Conſtitution dahin zu erklären geſucht, daß vermöge derſelben der Minderjährige, welcher einen Curator hat, an ſich zwar ohne denſelben eben ſo gut, als derjenige, der mit keinem Vormunde verſehen iſt, ſich verbindlich machen könne, daß aber in jenem Falle die Erfüllung während der Vormundſchaft von dem Curator gehindert werden könne: *ſeruari non debet.* Dieß behauptet vorzüglich *Ulr.* HUBER ad Pand. Tit. de minorib. n. 2. ad Inſt. III. 20. n. 4. Neuerer Zeit hat dieſe Erklärung an dem Verfaſſer der ſchon erwähnten Abhandlung in Hagemann und Günthers Archiv VI. 1. einen geſchickten Vertheidiger gefunden.

9) *Arnold.* VINNIUS ad §. 9. I. de *inutil. ſtipulat.* BERGER reſolut. leg. obſtant. Lib. 28. Tit. 1. Qu. 3. *Hugo* DONELLUS ad L. 101. D. de Verb. obl. *Sam. de* COCCEII iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 31. — Die verſchiedenen Meinungen der Ausleger über den eigentlichen Sinn dieſer beiden Geſetzſtellen und die danach

Veränderung der Leſeart die Sache zu berichtigen [10]). Im Grunde aber hat man ſich dieſe wol ſchwieriger gemacht, als ſie wirklich iſt. Daß nach Anleitung der gedachten Conſtitution die Handlung eines unter Vormundſchaft ſtehenden Minderjährigen durchaus null und nichtig ſei, wenn der Curator nicht eingewilliget hat, ergiebt der Augenſchein, und iſt zum Ueberfluß von Donell [11]) gegen alle nur erdenkliche Einwürfe in Gewißheit geſetzt. Da nun gedachte Verordnung in den Juſtinianiſchen Codex aufgenommen worden, ſo iſt leicht zu erachten, daß ſie durch andere Stellen in den Pandekten nicht umzuſtoßen ſei. Dahin gehöret aber das zweite Geſetz, deſſen Worte wir zuletzt angeführt haben; und folglich

danach zu beſtimmende Verbindlichkeit der Minderjährigen, hat Höpfner im theoret. prakt. Commentar über die Inſtitutionen §. 737. p. 249. der 6. Ausgabe näher angeführt, welchen ich alſo hiebei nachzuſehen bitte.

10) Einige halten dafür, man müſſe ſtatt: possunt ex stipulatu *obligari*, leſen: *obligare*; andere ſind noch dreiſter und ſchieben das Wörtgen *non* ein: Puberes sine curatoribus suis *non* possunt ex stipulatu obligari. Damit iſt denn freilich die Sache gleich ins Reine gebracht. Man ſehe hierüber *Gerard.* Noodt de pactis transaction. cap. 20. *Sim. van* Lieuven in additamentis ad notas Gothofredi ad L. 101. D. de Verb. oblig. Pagenstecher *de iure* ventris p. 4. vis. 1. §. 11. et in sicilim. Manip. 4. p. 40. apud Mollenbec. *thesaur. iur. ciuil.* p. 149.

11) ad L. 101. D. de Verb. obl. l. c.

folglich ſind nur zwei Fälle möglich: Entweder dieſe Stelle enthält wirklich das Gegentheil von dem, was die kaiſerliche Verordnung vorſchreibt, oder nicht, ſondern man kann beide in gewiſſem Betrachte als wahr und richtig annehmen. Ich halte das Letztere gar nicht unmöglich, finde vielmehr die Conjectur, daß beide Stellen nicht von einem und demſelben Gegenſtande handeln, wenigſtens ſehr wahrſcheinlich. Denn bekanntlich iſt der Minderjährige, vorzüglich nur in Rückſicht der Verwaltung ſeines Vermögens der Curatel unterworfen, wogegen er in rechtlichen Angelegenheiten, welche bloß ſeine Perſon angehen, für ſich allein gültig handeln kann, auch nach gemeinen Rechten, wenn er ſich verloben, oder eine Heirath ſchlieſſen will, keines Vormundes bedarf. Daß nun L. 3. C. de in integr. restitut. das Erſtere nur zum Vorwurf habe, iſt aus den Worten klar, indem darin von Sachen, welche der Curande verkauft hatte, die Rede iſt. Wie wenn nun die den Auslegern ſo beſchwerliche L. 101. de verb. Obl. ſolche Rechtsgeſchäfte des Minderjährigen, welche eigentlich nur ſeine Perſon angehen, zum Gegenſtand hätte? Die Worte ſelbſt enthalten wenigſtens nichts **wider** dieſe Vermuthung; weil der Juriſt keineswegs erklärt, daß er von ſolchen Stipulationen, wodurch der Minderjährige über ſein Vermögen diſponiret, verſtanden ſein wolle. Gegentheils

druckt

druckt er ſich wolbedächtlich nur dahin aus, daß es Fälle geben könne, wo der Minderjährige ohne ſeinen Curator ſich verbindlich machen könnte. Er behauptet alſo nicht geradezu, daß der Minderjährige, wenn er auch ohne Vormund gehandelt hätte, dennoch durchgängig verbunden ſei, ſondern er ſagt nur: Puberes sine curatoribus suis obligari *possunt*; was hindert uns alſo, dieſes *possunt* von den Fällen zu erklären, von denen wir wiſſen, daß ſie die Concurrenz des Vormundes nicht erfordern, da uns der ganze Zuſammenhang, in welchem der Juriſt jenes geſchrieben hat, nicht aufbehalten worden iſt, folglich das Gegentheil mit Gewißheit nicht erwieſen werden kann[12]. — Geſetzt aber, man wollte

12) So erklärt Voet comment. ad Pand. Lib. 4. Tit. 4. §. 52. die angezogenen Worte des Modeſtinus in L. 101 *de verb. obl.* Non, ſagt er, quod semper et omni casu sine curatoribus obligarentur, sed quod aliquando casus dentur, *quibus obligari possint*, puta, si obligatio ex stipulatu non post se trahat rei familiaris diminutionem ad sui implementum, sed sola personalis facti praestatione contenta sit, quod in sponsalibus nuptiisque apparet ect. Mit dieſen ſtimmt auch überein *Joh.* Robertus animaduers. iur. lib. 1. cap. 12. wiewol ſein Gegner *Anton. Mercator* (*Jac. Cuiacius*) verſchiedenes dawider einzuwenden verſucht hat; in notis ad Robert. l. c. — Uebrigens verſteht ſich cit L. 101. natürlich nur von der nach ſtrengem Recht Statt findenden **Verbindlichkeit** der Minderjährigen, mit Vorbehalt

wollte deſſen ungeachtet behaupten, daß nach Vorſchrift der Pandekten am angeführten Orte, die Geſchäfte eines Minderjährigen, welche ohne Einwilligung des ihm beigeordneten Vormundes geſchloſſen worden, in keinem Falle ipso iure für null und nichtig anzuſehen wären: ſo würde das angezogene Geſetz der Verordnung im Codex am Ende dennoch weichen müſſen, folglich die Meinung, welche mit der L. 3. C. de in integr. restitut. übereinſtimmet, auf alle Fälle den Vorzug verdienen [13]). So weit vom Römi-

behalt der ihnen zukommenden restitutio in integrum, vermöge deren ſie ſich auch gegen die Klage des Gläubigers ope exceptionis ſchützen können; die Inſcription des Geſetzes läßt allerdings vermuthen, daß Modeſtin gerade hievon gehandelt habe, da ſie deſſen Schrift de praescriptionibus, d. i. in de exceptionibus als Quelle des Fragments angiebt.

13) Dieß glaubt nun zwar Donell, am angeführten Orte, und diejenigen keinesweges, welche überhaupt dem Codex keinen Vorzug zugeſtehen. Franzk Prooem. Comment. ad Pand. n. 17. *G. A.* Struv. Syntagm. iur. ciuil. Exerc. 1. §. 26. Tom. 1. p. 60. *Em.* Merillius Prolegom. ad quinquag. decision. in opusc. P. 2. p. 1.: weil der Kaiſer Juſtinian die Pandekten als Geſetze, die von ihm ſelbſt herrührten, beſtätigt hat, und nach ſeiner Vorſchrift keine Disharmonie unter beiden Theilen ſeines Geſetzbuchs Statt finden ſoll. L. 2. C. *de vet. iure enucleando.* Ein anderes aber iſt es, wie die Sache nach der Abſicht des Kaiſers beſchaffen ſein ſollte; ein anders, ob ſie wirklich ſo beſchaffen ſei. Das letztere möchte man ſchwerlich bejahen können, weil es häufig mit der lucu-lenta

Römiſchen Rechte. Ob aber nach Deutſchen Geſetzen die Sache ſich eben ſo verhalte? davon im folgenden Paragraph mit mehrerem.

§. 73.

Nach Deutſchen Geſetzen und dem heutigen Gerichtsgebrauche.

Wenn ſich auch nicht behaupten ließe, daß nach Deutſchen Rechten aller Unterſchied zwiſchen Unmündigen und Minderjährigen, zwiſchen Tutoren und Curatoren gänzlich wegfalle [1]), ſo iſt doch ſo viel ausge-

lenta sacratissimarum constitutionum consonantia, worauf ſich der Kaiſer und ſein Kanzler ſo vieles zu gute thun, ſehr mißlich ausſiehet. Und in ſolchem Falle bleibt doch ſicher nichts weiter übrig, als nach der bekannten Regel: lex posterior derogat priori, den Vorzug zu beſtimmen. *C. F.* Walch introd. in controu. iur. ciuil. Prolegom. Cap. I. §. 3.

1) *Aug.* Leyser de historia iuris tutelaris apud Germanos, Helmst. 1726. in ſeinen Medit. ad Pand. Spec. 327. *Joh. Pet. de* Ludwig Dissertationes de Different. iuris Romani et Germ. in tutelis, Halae 1712. und 1713. in opusc. miscell. Tom. 2. Lib. 4. Nro. 3. 4. 5. 6. Berger de hodierna tutorum et curatorum differentia in deſſen Opusc. Nro. 4. Gaertner Dissert. iure germanico inter tutores et curatores non distingui, Lips. 1732. — Pufendorf Tom. 1. Obs. 8. behauptet zwar, daß die Deutſchen eben ſo, wie die Römer, unter Pupillen und Minorennen diſtinguirt, und die letztern ſich einen Curator wählen können, wenn ſie gewollt hätten. Man ſehe aber Kortholt Dissert. de differentiis iuris Roman.

ausgemacht, daß die Römiſche Diſtinction zwiſchen Minderjährigen, die mit einem Vormunde verſehen ſind, und ſolchen, die es nicht ſind, in Deutſchland nicht Statt findet [2]). Unſere Reichsgeſetze verordnen, daß den Unmündigen ſowol, als den Minderjährigen, ohne Ausnahme Vormünder beigeordnet werden ſollen [3]). Wir haben alſo ſolche Minderjährige nicht, denen die freie Verwaltung ihres Vermögens zuſteht, von deren Willkühr es abhängt, ob ſie ſich einen Curator erbitten wollen oder nicht, und die alſo im letztern Falle über das Ihrige rechts-

T gültig

Romani et Heilbronnens. in tutelis §. 20. sequ. *J. F. de* Meyer de eo, quod interest inter tutelam et curam aetatis, nec non inter impuberes et minores iure Romano et Germanico. Göttingae 1792. verglichen *J. C.* Brandenburg commentat. exponens differentias iuris Romani inter pupillos et minores, tutores ac curatores, nec non principia de applicatione earum hodierna. Hanoverae 1793. Beide letztern Schriften ſind durch die Preißfrage der Juriſtenfacultät zu Göttingen veranlaßt worden. Die Facultät hat der erſten den Preiß, und der zweiten das Acceſſit zuerkannt.

2) Stryck U. M. Pandect. Lib. 26. T. 1. §. 7. Leyser Spec. 346. m. 2. Hellfeld iurispr. forens. §. 1395. Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. Num. III. p. 380.

3) R. P. O. v. 1548. §. 31. Daß den Pupillen und Minderjährigen jederzeit, bis ſie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorſteher gegeben werden ſollen.

gültig ſelbſt diſponiren könnten. Mithin finden auch die Vorſchriften des Römiſchen Rechts in dieſer Hinſicht bei uns keine Anwendung. Vielmehr gilt dasjenige, was das Römiſche Recht nur von ſolchen Minorennen ordnet, welche wirklich einen Vormund haben, bei uns von allen Minderjährigen ohne Unterſchied, weil ſie alle nach unſern Geſetzen unter Vormundſchaft ſtehen ſollen, und Niemandem vor erlangter Großjährigkeit die eigene Verwaltung ſeines Vermögens geſtattet iſt. Hieraus folgt, daß heutiges Tages alle Rechtsgeſchäfte der Minderjährigen, ohne des Vormundes Einwilligung, durchaus null und nichtig ſind, und daß ein jeder Minderjähriger in unſern Gerichten als ein ſolcher zu behandeln iſt, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus ſeinem Verſprechen obliegt; geſetzt auch, daß das letztere zu einer Zeit geſchehen ſein ſollte, da er noch ohne Vormund war [4]).

4) Struben a. a. O. in den Worten: „Die Römer „erlaubten dem Minderjährigen die Veräußerung des „Seinigen nicht, wenn er einen Curatorem hatte; da „nun in Deutſchland alle Minderjährigen ſolchen haben „müſſen, ſo folgt daraus, daß keiner ohne Zuthun ei„nes Vormundes etwas veräußern dürfe. Dieſemnach „entſcheidet die gegenwärtige Frage LAUTERBACH *de* „*ſolut.* Th. 5. ſehr wol folgendergeſtalt: Nostris mo„ribus, quibus minores etiam inuiti curatores ac„cipere tenentur, distinctio inter minores, qui cu„ratorem habent, et non habent, non magnae utili-

„tatis

§. 74.

§. 74.
Von der Nichtigkeit ſolcher Handlungen, welche gegen gebietende oder verbietende Geſetze unternommen worden, und ob eine gültige Entſagung der letztern Statt finde.

Wenn die Geſetze eine Handlung verbieten, oder als durchaus nothwendig vorſchreiben: ſo wird eben dadurch den Staatsbürgern die moraliſche Befugniß verſagt, gegen die Beſtimmung des Geſetzes zu handeln. Daher verſteht ſich die Nichtigkeit alles Deſſen, was gegen dergleichen Anordnung unternommen wird, von ſelbſt. Schon die geſunde Vernunft überzeugt uns hievon, weil die Gültigkeit

„tatis esse videtur, ita, ut hodie minores, licet „curatorem non habeant, nil tamen valide de rebus „suis alienare possint. Einige vermeinen zwar, es „folge nicht, daß, weil dem Minderjährigen wider ſeinen Willen ein Vormund zu beſtellen iſt, er ohne denſelben ſich nicht gültig verbinden könne; welches ihm „kein Reichsgeſetz verbiete. Sibeth *de alienatione minorum valida et inualida*, §. 66.: allein es folgt allerdings das letztere aus dem erſtern. Mit Vernunft „können bei uns die Römiſchen Geſetze, welche aus einem „Principio herfließen, das in Deutſchland verworfen „iſt, nicht eingeführt werden.“ Zwiſchen dem Römiſchen minor, der de iure ohne Vormund ſein konnte, und unſern Minderjährigen, die es nur de facta ſind, iſt daher allerdings ein ſolcher Unterſchied, daß L. 3. C. de in integrum restit. min. bei uns nicht angewandt werden kann. Man ſehe auch Cocceii *iur. controu.* Lib. 2. Tit. 14. Qu. 31. in fine.

und rechtliche Wirkung der Rechtsgeſchäfte vor allen Dingen vorausſezt, daß man ſowol überhaupt, als auch in der Art und Weiſe wie geſchehen, befugt war ſie zu unternehmen [1]); und die deutlichſten Civilgeſeze haben es zum Ueberfluß als Regel vorgeſchrieben [2]). Die Anwendung kann alſo in den Fällen keinen Zweifel leiden, wo die Handlung Geſezen zuwider iſt, welche ſie gar nicht, oder doch nur in einer beſtimmten Form geſtattet wiſſen wollen. Von Geſezen, die ihrer Abſicht nach nur in Ermangelung beſonderer Privatdiſpoſitionen zur Richtſchnur dienen ſollen, und daher allerdings eine andere Beſtimmung der Parteien zulaſſen, iſt hier die

Rede

1) Pufendorf I. N. et G. Lib. 3. Cap. 7. §. 6 am Ende. Unſtreitig muß aber erſt ausgemacht ſein, daß der vorkommende Handel an ſich oder wegen nicht gehörig beobachteter Form den gebietenden oder verbietenden Geſezen wirklich zuwider ſei. Hommel Rhapsod. Quaest. obs. 695. bemerkt ſehr richtig: Formalia cambii, testamenti, aut alius scripturę ab exteris regionibus nobis allatae conformia praesumuntur moribus et legibus populi illius a quo veniunt; nec audiendus, qui legalitatem sine ratione adducta neget, sed debet aliquid positiuum adferre, quod praesumtionem illam infringat.

2) L. 5. C. *de Legibus*, cap. 64. de *Regul. iur. in 6to.* *Joh. Car. Chr.* Crell de fructu et effectu negotii inutilis, nullius, et imperfecti, Vitemb. 1705. *Chr. Ferd.* Harprecht de effectibus actus nulliter gesti, Tub. 1750. *Joann. Steph.* Pütter Theoria generalis de nullitate, Goett. 1759.

Rede nicht. Was in Anſehung derſelben Rechtens iſt, wird in der Folge §. 80. ꝛc. mit Mehrern vorkommen. Mit jenen ſchlechterdings gebietenden, oder verbietenden Geſetzen läßt es ſich aber ohne Widerſpruch nicht verbinden, daß den Staatsbürgern erlaubt ſein ſollte, dem Geſetze nach Gutbefinden entgegen zu handeln. Die Freiheit, dem bürgerlichen Verbote zu entſagen, würde aber eine ſolche Befugniß mit ſich führen, und folglich iſt die zweite Regel, daß gegen verbietende oder ſchlechterdings gebietende Vorſchriften der Geſetze keine Entſagung Statt finde, eben ſo klar, und über alle Zweifel hinweg, als die erſtere [3]). Weil aber dennoch in einigen Fällen dieſe Regeln gewiſſer Maßen Ausnahmen finden, verbothene Rechtsgeſchäfte nichts deſtoweniger aufrecht bleiben, auch hin und wieder eine Entſagung dagegen zugelaſſen wird, ſo hat dieſes in manchen Syſtemen der natürlichen und bürgerlichen Jurisprudenz zu verkehrten und fehlerhaften Vorſtellungen der Sache überhaupt Gelegenheit gegeben. Denn anſtatt dieſe beſondern Fälle für das, was ſie wirklich ſind, zu nehmen, und ſie als nähere Beſtimmungen, höchſtens, als Ausnahmen, zu betrachten, gerieth man auf den Abweg, jene allgemeinen Sätze faſt gänzlich außer

3) L. 7. §. 14. L. 38. D. de pactis. L. 7. C. Unde vi. L. 6. C. de pactis L. 15. D. de condit. institut.

Acht zu laſſen, und dagegen aus den Merkmalen der beſondern Fälle, wo die Geſetze von der Regel abweichen, wiederum allgemeine Vorſchriften zu bilden, mithin dasjenige, was dem Geſetzgeber eigentlich nur bei gewiſſen Fällen zum Bewegungsgrunde gedient hatte, ſchon ſofort als Regel für mehrere Fälle anzunehmen. **Grotius** und mit ihm verſchiedene Rechtsgelehrte halten dafür, daß eine verbotene Handlung nur ſodann auch zugleich als nichtig angeſehen werden könnte, wenn das Geſetz dieſes ausdrücklich verordnet hätte [4]. Was aber die Natur der Sache ſchon mit ſich bringt, braucht nicht erſt durch beſondere geſetzliche Vorſchriften angeordnet zu ſein; und da ohnehin der Buchſtabe unſerer Civilgeſetze ſelbſt dieſer Meinung gerade zuwider iſt [5], ſo iſt ſie unmöglich zu rechtfertigen. Andere laſſen

4) *Aug. Wilh.* Meier comment. de nullitate sententiarum sanabili et insanabili, Goett. 1777. §. 5. Pütter theor. de nullitate §. 17. und 20. Voet Comm. ad Pandect. Tit. de LL. §. 16. deſſen Meinung, nachdem er die Sache nach verſchiedenen Verhältniſſen unterſuchet hat, am Ende dahin gehet, daß es wenigſtens in Praxi ſo gehalten würde: ita demum contra leges gesta ipso iure infirma esse, si id lex nominatim expresserit.

5) Deutlicher und beſtimmter kann keine Vorſchrift ſein, als die Verordnung in L. 5. C. de LL. welche dahin lautet: ad *omnes* etiam legum interpretationes trahi *genera-*

laſſen zwar die Nichtigkeit der geſetzwidrigen Handlung als Regel gelten, aber ſie fügen im Allgemeinen die Ausnahme hinzu, daß, wenn die Geſetze etwas bei Strafe verbieten, ohne zugleich die Handlung ſelbſt für nichtig zu erklären, ſodann zwar die Strafe gebüßt werden müſſe, das verbotene Geſchäfte ſelbſt aber ſeinen ungehinderten Fortgang behalte [6]). Es iſt gar kein Grund vorhanden, dieß zu behaupten. Vielmehr iſt die Nichtigkeit der Handlung, als natürliche Folge des bürgerlichen Verbots, hier deſto weniger zu beſtreiten, da der Geſetzgeber durch Androhung der Strafe noch ernſtlicher zu erkennen giebt, daß Niemand befugt ſein ſoll, die Handlung zu unternehmen. Die Strafe, welche von Unternehmung des verbotenen Handels noch mehr zurück halten ſoll, kann alſo kein Mittel werden, ſich die zur Gültigkeit des Geſchäfts erforderliche

generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, *prohibuisse* tantum sufficiat, caeteraque, quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, *ut non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur*, *licet legislator prohibuerit tantum*, *nec specialiter dixerit*, *inutile esse debere*, *quod factum est*. Ueber die Diſtinction inter leges perfectas et imperfectas, welche man in dieſer Hinſicht bei den ältern Römiſchen Juriſten antrifft, iſt nachzuſehen Schulting ad fragm. Ulpiani Tit. 1. §. 2. imgleichen Voet Tit. de LL. §. 16. auch Brummer *ad L. Cinciam C*. 3. *n*. 2.

6.) So urtheilt unter andern Vinnius Select. Quaest. Cap. 1.

derliche moraliſche Befugniß beizulegen. Wenn in einigen Fällen das Gegentheil zutrifft, ſo iſt nach Anleitung der beſondern Beſchaffenheit derſelben der Grund davon zu erforſchen, woraus ſich bald ergeben wird, daß in andern Fällen keinesweges eben daſſelbe zu behaupten ſei. Wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs ſich anderweitig verheirathet, ſo wird zwar die geſetzliche Strafe verwirkt, jedoch die obgleich verbotene Ehe ſelbſt nicht annullirt [7]. Der Grund iſt leicht einzuſehen; weil die zweite Verheirathung an ſich und überhaupt den Geſetzen nicht zuwider iſt, ſondern das Verbot ſich nur auf eine gewiſſe Zeit beſchränkt, folglich eine gänzliche Aufhebung der Ehe theils über die wahre Abſicht des Geſetzgebers hinausgehen, theils mit noch ſchädlichern Folgen verknüpft ſein würde, als diejenigen ſind, welche das Verbot der zu frühen Heirath verhüten ſoll, ohne einmal die letztere ſelbſt, nachdem die Ehe bereits vollzogen worden, verhindern zu können. Eben der Umſtand, daß der Fortgang eines verbotenen Geſchäftes an ſich weniger nachtheilig und verwerflich ſein kann, als die anfängliche Eingehung deſſelben, ferner, daß die Aufhebung des verbotenen

7) Vinnius l. c. Ueberhaupt verdienen über dieſen Gegenſtand nachgeleſen zu werden: *C. F.* Walch introduct. in controu. iur. edit. 3. p. 65. §. 32. *I. L. C.* Püttmann interpret. iur. ciuil. C. 33. imgleichen L. 1. *aduersar.* iur. uniu. pag. 159. sequ.

botenen Handels überwiegende ſchädliche Folgen veranlaſſen würde, enthält die Urſache, warum die zwar verbotenen aber doch Diſpenſationsfähigen Ehen unter Anverwandten [8]), imgleichen nach verſchiedenen Geſetzen, die ohne Einwilligung der Eltern wirklich vollzogenen Heirathen nicht wieder getrennt werden [9]). Wie wenig alſo dasjenige, was

8) Hellfeld iurispr. forens. §. 1218.

9) Nach dem natürlichen Zwangsrecht iſt die Einwilligung der Eltern keinesweges ſo nothwendig, daß ohne dieſelbe die Heirath der Kinder ungültig und nichtig werden ſollte. Leyser Spec. 291. m. 1. 2. 3. Die Römiſchen Geſetze erkennen hiebei kein anderes Principium, als die väterliche Gewalt —. Cuiacius L. III. Obseru. Cap. 4. Hottomannus quaest. illust. Cap. 9. *Anton. Guil.* Costanus in tr. de matrimonio p. 186. und Lib. 2. quaest. iur. ciuil. cap. 12. halten indeß die Ehe, wenn ſie ohne des Vaters Einwilligung einmal vollzogen worden, nicht für nichtig. Die übrigen Civiliſten behaupten faſt insgeſamt das Gegentheil. *Ulr.* Huber Lib. 1. Digress. Cap. 15. *Christ.* Thomasius de validitate coniugii inuitis parentibus contracti §. 16. *Joh. Pet. de* Ludwig different. iur. Romani et Germ. in connubiali imperio, consensuque parent. Halae 1721. und *Georg. Ludou.* Böhmer elect. iur. ciuil. p. 664. Die Meinung der leztern verdient offenbar den Vorzug; und *C. F.* Walch Controuers. iur. ciuil. edit. 3. pag. 49. §. 12. unterſtüzt ſolche mit Gründen, welche unwiderleglich ſind. Die Worte des *Jul.* Paullus *Recept. Sentent.* Lib. 2. Tit. 19. §. 2.: Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; *sed contracta non soluuntur,*

hier nach beſondern Verhältniſſen eintritt, für alle übrigen Fälle, wo die Geſetze etwas bei Strafe ver-

uuntur, ſind unſtreitig durch den Anianus und Conſorten verfälſcht, wie es leider mehrern Stellen in den Schriften der ältern Rechtsgelehrten, welche jenen Barbaren in die Hände gerathen ſind, wiederfahren iſt. Eckhard hermeneut. iuris §. 263. und 64. Eben der Paullus ſagt an einer andern Stelle L. 11. D. de *statu hominum:* Eum, qui viuente patre, et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem aui natus sit, *iustum filium ei ex quo conceptus est*, non videri; und wiederum L. 2. D. *de ritu. nupt.:* Nuptiae *consistere non possunt*, nisi consentiunt omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt; genug, um uns von der Verfälſchung jener Stelle zu überzeugen. Die Conjecturen, wodurch Schulting in not. ad Paull. rec. sent. c. l. iurispr. Anteiust. p. 300. ingleichen *Em.* Merillius ad pr. Inst. de nupt. *Arn.* Vinnius Comm. ad. §. 12. Inst. ib. *Jac.* Gothofredus ad L. 1. Cod. Theod. de rap. virg. ohne Aenderung der Leſeart die Sache berichtigen wollen, ſind bald zu willkührlich, bald zu gezwungen, als daß ſie völlig befriedigen könnten —. So viel vom Römiſchen Rechte. Vermöge Cap. 3. X. Qui matr. accus. poss. und Can. 1. Caus 30. Qu. 5. wollen einige die fortdaurende Nichtigkeit der Ehe ohne der Eltern Einwilligung gleichfalls behaupten, wiewol andere aus Can. 2. caus. 27. Quaest. 2. Can. ult. caus. 32. Quaest. 2. und Cap. 6. X. de raptor. das Gegentheil herleiten. Leyser Spec. 291. Med. 2. Die heiligen Väter auf der Kirchenverſammlung zu Trident entſchieden den Zwiſt zum Vortheile der letztern Meinung ſo kräftig, daß ſie ihr Anathema wider die Vertheidiger der erſtern ausſprachen. Sess. 24. Decret. de Reformat. matrim. Cap. 1. Ob nun gleich in proteſtantiſchen Landen

verbieten, als Regel gelten könne, wird ohne weitere Erinnerung einem Jeden von ſelbſt einleuchten. Uebrigens iſt auch die bekannte Regel: utile per inutile non vitiatur, hier nicht außer Acht zu laſſen, wenn die Vorſchrift des Geſetzes eigentlich nur dieſe oder jene Modification der Handlung, ingleichen gewiſſe Arten der Nebenverträge unterſagt, oder die Gültigkeit eines Geſchäftes auf gewiſſe Quantitäten eingeſchränkt haben ſollte; da denn nicht der ganze Handel, ſondern nur in ſo fern, als dabei den Geſetzen zuwider gehandelt worden, für nichtig zu achten iſt [10]). Endlich wird von verſchiedenen die Regel aufgeſtellt, daß den verbietenden Geſetzen, welche vorzüglich nur das Intereſſe gewiſſer Perſonen zum Grunde haben, von den letztern gültig

Landen das Anathema der heiligen Synode nicht ſonderlich geachtet wird, ſo gilt doch auch bei uns der Grundſatz, daß gedachte Ehen, wenn ſie einmal vollzogen worden ſind, ihren Fortgang behalten; es wäre denn durch beſondere Landesgeſetze oder Statuten ein anderes vorgeſchrieben.

10) L. 1. §. 5. D. de. V. O. cap. 37. *de Regul. iur.* in 6to. L. 29. D. *de usuris*, verb.: quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi, et licitas peti posse. L. 34. pr. *C. de donat.* verb.: hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere. L. 36. §. 3. C. ibid. Vinnius selectar. quaest. Lib. I. cap. I. Averanius interpretat. iur. Lib. 2. cap. 3. n. 11. u. 12. Glück Erläuter. der Pandekt. §. 14.

tig entſagt werden könne [11]); man fügt aber ſo viele Einſchränkungen hinzu, daß ſchon dadurch dieſe Regel ein mißliches Anſehen erhält; z. B. wenn von ſolchen verbietenden Geſetzen, welche zugleich mit die gemeine Wohlfahrt zum Vorwurfe haben, von Perſonen, welche wegen ihres Alters, Geſchlechts ꝛc. nichts zu ihrem Nachtheile vornehmen können, von Rechten, wobei zugleich das Intereſſe eines Dritten obwaltet, die Rede iſt; woraus denn am Ende nichts weiter erhellet, als daß man den ſicherſten Weg erwählt, wenn man die Zuläſſigkeit der Entſagung der Regel nach verneinet, und nur in ſo fern Ausnahmen davon anerkennet, als die Rechte ſelbſt ſolche in einzelnen Fällen beſtätigt haben. So zum Beiſpiele kann eine Frauensperſon nach Juſtinianiſchen Rechten in gewiſſen Fällen dem Senatusconſulto velleiano gültig entſagen [12]), wiewol die in Praxi angenommene Meinung, daß die erwähnte Entſagung durchgängig zu Recht beſtehe [13]), dem wah-

11) Hommel Rhaps. Quaeſt. Obſeru. 273. Hartleben Medit. ad Pandect. Spec. 8. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. 1. Seite 34. und folg.

12) Nou. 94. Cap. 2. Nou. 118. Cap. 5.

13) Gail Lib. 2. Obs. 77. Leyser Med. ad Pandect. Spec. 170. Hellfeld Comment. de interceſſionibus mulierum et Senat. Cons. Vell. §. 42. *C. F.* Walch de femina mutuum contrahente, beneficiorum muliebrium experte, Jenae 1778. pag. 2. n. c.

Sim.

wahren Sinne und der Analogie der Römiſchen Geſetze keinesweges angemeſſen iſt [14]).

§. 75.

Sim. Henr. MUSAEI Diss. de intercessionib. feminar. nobil. Slesuicens. et Holsat. Kil. 1708. *A. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de intercessione feminarum secundum iura Slesuicensia et Holsatica, Kil. 1776.

14) *Anton.* SCHULTING ad Paulli recept. sentent. Lib. II. Tit. XI. n. 3. AVERANIUS Lib. 2. Interpret. iur. ciuil. Cap. 5. *Andr.* RAUCHBAR Quaest. 32. n. 5. *Sim. Hinr.* MUSAEUS Diss. cit. §. 15. HELLFELD comment. de intercess. mulier. et S. C. VELL. §. 5. und andere behaupten mit Recht, daß nach Römiſchen Geſetzen und deren Analogie die Entſagung des S. C. Velleiani **der Regel nach** ungültig ſei; obgleich BÖHMER in Diss. de efficaci mulierum intercess. Cap. 2. §. 15. seq. Tom. III. Exercit. ad Pandect. p. 383. seq. und *Gottfr. Lud.* MENCKEN Diss. de valida intercessione mulieris S. C. Velleiano renunciantis und mehrere das Gegentheil vertheidigen. Ohne die beiderſeitigen Argumente hier anzuführen, welches überflüſſig ſein würde, will ich nur dieß einzige zu überlegen anheim geben, ob die Gültigkeit der Entſagung mit einem Geſetze beſtehen könne, welches den Frauensperſonen die rechtliche Befugniß, ſich zu verbürgen, verſagt, und ſie als ſolche, die keine fremde Verbindlichkeit übernehmen können, behandelt wiſſen will. L. 32. D. und L. 21. C. de S. C. V., welche man gewöhnlich anzuführen pflegt, um die Zuläſſigkeit der Entſagung zu vertheidigen, hat HELLFELD am angeführten Orte ſo gründlich erklärt, daß es nicht leicht Jemandem einfallen wird, ſie zur Beſtärkung der gegenſeitigen Meinung weiter anzuführen. Ein Argument, worauf man ſich am mehrſten zu verlaſſen ſcheint, iſt gerade am wenigſten zutreffend. Man räiſonnirt ſo: die Geſetze verordnen, daß die Frauensperſon allerdings als Bürgin haften ſolle

§. 75.

Ob und in wie fern dasjenige, was zur Erfüllung verbotener Rechtsgeſchäfte gegeben, oder bezahlt worden iſt, wieder zurück gefordert werden könne? Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre.

Die Rechtsgelehrten pflegen dieſe Frage bei Gelegenheit der condictio indebiti abzuhandeln; da denn

ſolle, welche wußte, daß ihre Interceſſion unkräftig ſei, und ſich doch verbürgte. L. 30. D. ad S. C. Vell. Wenn ſie alſo, mit dem Inhalte des Geſetzes bekannt gemacht, dem letztern entſagt: ſo verbürgt ſie ſich ja wiſſentlich, und iſt daher gehalten, ihr Verſprechen zu erfüllen —. Man bedenkt aber nicht, daß jene Verordnung eigentlich nur von dem Falle redet, wenn die Frauensperſon in der Abſicht, den Gläubiger zu hintergehen, ſich bei ihm verbürgte, da es ihr bekannt war, daß ſie ſich in der Folge durch die Einrede des Vellejaniſchen Rathſchluſſes würde ſchützen können. Dieſe betrügliche Abſicht ſoll ihr nicht gelingen. Daß dieß der wahre Sinn des angeführten Geſetzes ſei, erhellet aus den Worten deſſelben deutlich: Si decipiendi animo vel quum ſciret, ſe non teneri, mulier pro aliquo interceſſerit, exceptio ei Senatusconſulti non datur, actionem enim, *quae in dolum mulieris* competit, ampliſſimus ordo non excludit. Man ſetze z. B. einen der Rechte unkundigen Gläubiger, welcher auf dieſe Art von einer verſchlagenen Weibsperſon hintergangen wird, ſo wäre von dieſem Geſetze allerdings Gebrauch zu machen. Ganz anders aber verhält ſich die Sache, wenn diejenigen, denen darum zu thun iſt, die Frauensperſon zur Interceſſion zu bereden,

denn folgende Sprache in ihren Syſtemen und Lehrbüchern faſt herrſchend geworden iſt: Repetitio ſoluti locum habet, ſi obligatio naturalis a iure ciuili reprobata ſit; tunc enim illa effectum iuris ad impediendum condictionem habere nequit. Sic mulier recte condicit, quae ex interceſſione ſoluit. Idem locum habet ratione eius, quod ludo perditum eſt [1]). Alſo in der Regel iſt derjenige, welcher einen bürgerlich verbotenen Vertrag erfüllt hat, berechtigt, das Gegebene, oder Bezahlte zurückzufordern

bereden, unter dem Vorwande dieſes Geſetzes die Einleitung treffen, daß der Gläubiger durch Entſagung des S. C. U. begünſtigt werde. Hier fehlt ſo viel, daß man jener einen dolum vorwerfen könne, daß vielmehr ein anderes Geſetz zur Anwendung kommen muß. Ea, quae in fraudem Senatusconſulti excogitata probari poſſunt, rata haberi non oportere, ſchreibt eben der Juriſt, in L. 29. §. 1. D. ad S. C. V., aus deſſen Schriften L. 30. ibid. genommen iſt, und folglich iſt in dieſem Falle die Entſagung eben ſo unkräftig, als die Bürgſchaft ſelbſt, weil in beider Rückſicht einerlei Grund obwaltet. Nam per eiusmodi renunciationes nullo vel leui negotio eluditur Senatusconſultum, quoniam, *qua leuitate mulier intercedit, eadem renunciabit.* Neutrubi praeſens damnum eſt, ergo quae ut intercedat, etiam ut renunciet, ſibi perſuaderi patietur. Hering de fideiuſſor. Cap. 7. n. 469. Wesenbec. Parat. Dig. Tit. ad S. C. V. n. 9. Zanger de except. P. 3. c. 11. n. 151. Leyser Spec. 260. Med. 1.

1) Stryck V. M. Pandect. L. 12. Tit. 6. §. 6. Hellfeld iuriſpr. forens. §. 830. und faſt die mehrſten eben ſo.

dern —. Nimmt man ſich aber die Mühe, dieſen Satz etwas genauer zu prüfen, ſo findet man bald, daß er, als Regel angenommen, mit andern Vorſchriften des bürgerlichen Rechts in Widerſpruch ſtehe, mit vielen Schwierigkeiten in der Anwendung verknüpft, und daß überhaupt die ganze Theorie höchſt ſchwankend und unzuverläſſig ſei. Sie iſt inzwiſchen ſo tief in den Lehrbüchern eingewurzelt, daß man ſeiner Sache ziemlich gewiß ſein muß, wenn man die gemeine Lehre nicht vergeblich zu beſtreiten gedenkt [2]). Ich wage es aber dennoch mit völliger Ueberzeugung, folgende Erinnerungen dagegen vorzutragen. Finden ſie Beifall, ſo glaube ich auch danächſt den Grundſätzen, welche meiner Meinung nach die Sache richtiger darſtellen, eine gute Aufnahme verſprechen zu können. Das erſte, was mir in der gewöhnlichen Theorie verwerflich ſcheint, iſt, daß man die Zurückforderung des zur Erfüllung verbotener Verträge Gegebenen oder Bezahlten nicht

2) Wenn **Leſſing** irgendwo anmerkt, daß Uebung und Stetigkeit ſogar mit der Zeit die Grundſätze berichtigen, weil es unmöglich ſei, daß ein Menſch lange nach Grundſätzen handle, ohne es wahrzunehmen, daß ſie falſch ſind, ſo mag dieſes hin und wieder ſeine gute Richtigkeit haben. Wer viel rechnet, wird bald merken, ob ihm ein richtiges Einmaleins beiwohne oder nicht. Wer inzwiſchen gemeine Irrthümer anfechten will, dem möchte ich eben nicht rathen, daß er ſich von dieſer Erfahrung vielen Beiſtand verſpreche, um deſto eher Eingang zu finden —.

nicht ſorgfältig genug von der eigentlichen condictione indebiti unterſcheidet. Dieſe kann Statt finden, und ſie findet hier auch wirklich Statt, ſo, daß der Beklagte ſeine aus verbotenen Verträgen herrührende Forderung dagegen vergeblich in Anrege bringen würde; aber darum läßt ſich dennoch die Regel nicht aufſtellen, daß die **zur Erfüllung eines verbotenen Geſchäfts** erfolgte Zahlung durchgängig wieder zurückgefordert werden könne. Man darf nur auf den eigentlichen Grund der condict. indeb zurückgehen, um dieſe unſere Anmerkung gar nicht befremdend zu finden. Die gedachte Klage, welche eigentlich eine aus Irrthum geſchehene Bezahlung vorausſetzt, findet bekanntlich nach Vorſchrift der Geſetze in dem Falle nicht Statt, wenn zwar die Zahlung aus einem Irrthum geſchah, allein der Empfänger doch vermöge einer natürlichen, wiewol bürgerlich nicht klagbaren Verbindlichkeit, womit ihm der Bezahlende verhaftet war, das Recht hatte, das Gegebene ganz oder zum Theil einzubehalten [3]). Dergleichen Recht

 kann

3) Wenn daher die condictio indebiti auch dem verſagt wird, welcher als filius familias ex mutuo ſchuldig war, ſo ſollte bei der Erläuterung dieſer Verordnung nie ausgelaſſen werden, daß, wenn auch die Zahlung aus Irrthum, und nicht in der Abſicht, um das empfangene Darlehn zu erſtatten, geſchehen wäre, dennoch die Zurückforderung in ſo fern wegfalle, als die bezahlte Summe

kann ſich nun der Empfänger aus einem verbotenen Handel an ſich nicht beilegen, weil daraus gar keine natürliche Verbindlichkeit entſpringt, oder doch wenigſtens in bürgerlichen Gerichten die Sache ſo angeſehen und behandelt wird. Daher alſo der Grundſatz, daß eine aus verbotenen Verträgen behauptete Verbindlichkeit, oder, wie man ſich lieber ausdruckt, obligatio naturalis reprobata, die eigentliche *condictio indebiti* nicht hindern könne. Das iſt, wenn eine Zahlung aus Irrthum geſchehen iſt, ſo geben jene Verträge dem Empfänger kein Recht, das Bezahlte zurückzuhalten [4]). Wie aber, wenn bei der Bezahlung gar kein Irrthum obgewaltet hat; wenn ſie wirklich in der Abſicht geſchah, um einen

Summe das mutuum nicht überſteigt. Denn hätte der filius familias gar wiſſentlich und ſelbſt zur Tilgung des Darlehns bezahlt, ſo würde die Sache ohnehin zur condict. indebit. gar nicht gehören. Nur um dieſe Klage zu entfernen, und eine aus Irrthum geſchehene Zahlung der Zurückforderung zu entziehen, hat man ſich auf die natürliche Verbindlichkeit das filii familias zu berufen; wer mir freiwillig zahlt, ohne mein Schuldener zu ſein, dem habe ich auch nicht weiter nöthig, eine natürliche Verbindlichkeit entgegen zu ſtellen.

4) L. 54. D. de cond. indeb.: Ex his omnibus, quae iure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta *per errorem* solutione condictioni locus erit. z. B. Der Erblaſſer hatte an Jemand eine Verſchreibung ausgeſtellt, und der Erbe bezahlt die darin verſprochene Summe, weil er glaubt, daß ſie angeliehen ſei, wirklich aber enthält ſie eine verbotene Spielſchuld.

einen verbotenen Handel zu erfüllen; findet dann auch noch eine Zurückforderung Statt? Wer dieſe Frage im allgemeinen bejahen wollte, der müßte uns ganz andere Gründe vorlegen, als diejenigen, welche *condictionem indebiti* rechtfertigen. Denn der Kläger erſcheint hier in einer ganz andern Geſtalt. Die Umſtände ſind ſo verändert, daß man unmöglich von Einem auf das Andere die Anwendung machen kann. Dort war aus einem Irrthume gezahlt worden, hier iſt dergleichen nicht vorhanden; dort war mit der Zahlung wenigſtens die Abſicht nicht verbunden, einen verbotenen Handel als ſolchen zu erfüllen, hier geſchieht ſie wirklich zu dieſem Zweck; dort mußte condictio indebiti geſtattet werden, weil dem Empfänger nichts zu Statten kam, und dem Geber nichts vorzuwerfen war [5]). Hier aber verhält ſich die Sache ganz anders. Denn obgleich das ungültige Geſchäfte ſelbſt dem Empfänger nicht zu Statten kommt, ſo iſt ihm doch die Zahlung einmal freiwillig geſchehen, und folglich handelt er wenigſtens gegen den andern Theil nicht unrecht, weil dieſer wiſſentlich etwas weggiebt, wozu

5) Jener kann, um das Empfangene einzubehalten, ſich weder auf den verbotenen Handel an ſich berufen, weil ihm derſelbe gar kein Recht giebt, noch darauf, daß die Zahlung einmal geſchehen ſei, weil dieſe nicht in der Abſicht geleiſtet ward, um einen verbotenen Handel zu erfüllen. Dem Andern hingegen iſt nichts vorzuwerfen, weil er aus Irrthum gezahlt hat.

er nicht ſchuldig war, mithin keinesweges vorſchützen kann, daß man ſich wider ſeinen Willen des Seinigen anmaße. So viel glaube ich alſo, wird man mir ohne weitere Erklärung zugeben, daß es im Ganzen nicht ſchicklich ſei, aus der geſetzlichen Vorſchrift, wornach die ſogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit *condictionem indebiti* nicht hindern ſoll, ſogleich die Regel zu formiren, daß in ſolchen Fällen die geſchehene Zahlung immer zurück gefordert werden könne. Wie aber, wird man vielleicht einwenden, wenn die Geſetze ſelbſt demjenigen, welcher wiſſentlich einen verbotenen Handel erfüllet, die Zurückforderung geſtatten? — Iſt zum Beiſpiele derjenige, welcher eine verbotene Spielſchuld abſichtlich bezahlt, nicht gleichwol berechtigt, ſolches zurückzufordern? Er iſt es allerdings. Aber nun entſteht zweitens die Frage, ob man dieß zur Regel für alle übrigen Fälle machen, oder nur **als Ausnahme von der Regel** betrachten dürfe? Ich halte jenes höchſt unrichtig, weil es andern unleugbaren Vorſchriften des Civilrechts offenbar widerſpricht, welche ein für allemal beſtimmen, daß in pari causa illicita, derjenige, dem etwas bezahlt worden iſt, von dem andern Theile nicht in Anſpruch genommen werden ſoll [6]. Ausnahmen von dieſer allgemeinen Vorſchrift laſſen ſich denken, wenn die

Geſetze

6) L. 3. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.

Geſetze ſelbſt in einigen Fällen das Gegentheil geſtatten; allein man muß die Ausnahme nicht zur Regel umſchaffen. Man kann auch außerdem, wenn man in dieſer Materie der gewöhnlichen Theorie nachgeht, faſt keinen einzelnen Satz, welcher an ſich auch noch ſo richtig und wahr iſt, mit dem übrigen Syſteme füglich vereinigen; man wird überall Schwierigkeiten antreffen, und bei jeder Gelegenheit um zureichende Gründe verlegen ſein. Wen die Erfahrung dieß noch nicht gelehrt hat, dem werden folgende Fälle hievon bei näherer Prüfung die beßte Ueberzeugung geben. Schon auf die Frage, warum die Bezahlung einer verbotenen Spielſchuld zurückgefordert werden könne? iſt die Antwort: weil keine natürliche Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden war, nichts weniger als befriedigend. Denn wäre dieß die wahre und einzige Urſache, ſo würde folgen, daß nur dem, welcher aus Irrthum gezahlt hätte, die Zurückforderung zukomme, daß aber derjenige, welcher wußte, daß ihm weder eine natürliche noch bürgerliche Verbindlichkeit oblag, und doch bezahlte, kein Recht weiter habe, die geſchehene Zahlung anzufechten. Und gleichwol giebt man zu, daß auch der Letztere dazu befugt ſei [7]), ſo wie der-

7) *S. G.* Hilliger *de actionibus occaſione ludi competentibus, vel non*, Lips. 1712. Meine Abhandlung de uſuris indebite ſolutis, §. 14. 15.

jenige, welcher verbotene Zinſen wiſſentlich bezahlt, ſolche dennoch zurückfordern kann. Da es Geſetze giebt, welche die Zurückforderung in dieſen beiden Fällen überhaupt geſtatten, aber keine, die eben nahmentlich hinzufügten, daß auch die mit Wiſſen und Willen geſchehene Zahlung gleichfalls condicirt werden könne, ſo müſſen andere Gründe beigebracht werden, um das Letztere zu rechtfertigen; ich zweifle aber ſehr, ob der gewöhnliche Vortrag der Sache dazu auslangen dürfte. Der angenommene Satz, daß die ſogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit dieſes immer mit ſich brächte, giebt nichts weniger, als einen tüchtigen Grund, um dasjenige, was in den gedachten Fällen behauptet wird, zu erweiſen, weil er offenbar petitionem principii mit ſich bringt, und, genau genommen, ſelbſt nicht erweißlich iſt. Ferner finden wir auch in der Bürgſchaft der Frauensperſonen ein Beiſpiel, welches die gemeine Lehre ſehr zweideutig macht. Woher kommt es, daß dieſe, ungeachtet der reprobirten natürlichen Verbindlichkeit, dennoch, wenn ſie wiſſentlich ihre ungültige Bürgſchaft erfüllet haben, vergeblich auf das Vellejaniſche Senatus Conſultum provociren [8])? Ja, ſiehet man vollends auf die übrigen Fälle zurück, wo die Charactere der ſogenannten

8) L. 26. §. 3. verglichen mit L. 40. D. de condict. indeb.

nannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit ſämtlich zutreffen, und gleichwol die geſchehene Erfüllung gar nicht zurückgefordert werden darf, ſo muß natürlich die erwähnte Theorie noch unzureichender erſcheinen. Wir werden im folgenden §. mehrere Fälle dieſer Art anzuführen Gelegenheit haben. Um aber vorjetzt wenigſtens Ein Beiſpiel anzuführen, ſo wird man nicht leugnen, daß, wer zu einem verbotenen Spiele Geld leihet, eben ſo unerlaubt und rechtswidrig handle, als die Spieler ſelbſt [9]. Geſetzt aber, es ſei ihm freiwillig wieder bezahlt; ſollte wol eine Zurückforderung Statt finden? Dieſe Frage zu verneinen, wird man ſich ſchon nach der bloßen juriſtiſchen Empfindung ſehr geneigt fühlen, aber in der gewöhnlichen Theorie ſchwerlich ein tüchtiges Argument antreffen, um es mit Gründen behaupten zu können. Die einmal angenommene Regel, daß in den Fällen einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die repetitio soluti zuläſſig ſei, wird immer ein unüberſteigliches Hinderniß in Weg legen, ſo, daß mancher vielleicht gar ſeine Philoſophie unter dem Gehorſame dieſer Regel gefangen nehmen, und auch die Bezahlung einer zum Spiel geſchehenen Anleihe der Zurückforderung unterwerfen dürfte.

9) Dieſen Fall wird der folgende §. noch näher erläutern.

§. 76.
Verſuch einer genauern Erörterung obiger Frage. Die Zurückforderung iſt der Regel nach unzuläſſig.

Legen wir zuvörderſt die Idee eines bürgerlich verbotenen Handels im Allgemeinen zum Grunde, ohne auf die beſondern Modificationen, welche nur gewiſſen Gattungen eigen ſind, vorjetzt ſchon Rückſicht zu nehmen; und fragen wir ſodann; ob derjenige, welcher ſeiner Seits einen ſolchen verbotenen Vertrag erfüllet hat, berechtigt ſei, das Gegebene zurückzufordern? ſo wird das Reſultat unſerer Unterſuchung ohne Zweifel dahin ausfallen, daß dieſe Zurückforderung der Regel nach nicht Statt finden könne. Dieß iſt Erſtlich aus unleugbaren Grundſätzen des Naturrechts klar. Denn ſo lange man hier beim Allgemeinen ſtehen bleibt, kann man wol ſagen, daß diejenigen, welche einen bürgerlich verbotenen Vertrag ſchließen, beiderſeits unrecht handeln, mithin, wer bezahlt, eben ſo gewiß, als der Andere, welcher die Zahlung annimmt. Es giebt beſondere Fälle, wo dieſes nicht ſo ganz zutrifft, aber dieß kann uns nicht irren, wenn wir vorläufig beſtimmen wollen, was im Ganzen als Regel anzunehmen ſei. Nun bringt es aber ſchon die Natur der Sache mit ſich, daß wir gegen

gegen den, der mit uns gemeinſchaftlich die Geſetze übertreten hat, keinen Regreß zu unſerer Entſchädigung nehmen können. Mit dieſem Grunde, welcher allein ſchon hinreichen dürfte, um die Zurückforderung des Gegebenen in ſolchen Fällen zu verwerfen, ſteht noch ein anderer in Verbindung, wodurch die Sache noch deutlicher wird, und deſſen ſich daher die Lehrer des Naturrechts vorzüglich bedienen. Indem wir nämlich zur Erfüllung eines unerlaubten Verſprechens etwas weggeben, entſagen wir wenigſtens unſerer Seits unſerm Rechte und Eigenthume daran gänzlich, und der, dem wir es zuſtellen, handelt wenigſtens gegen uns nicht unrecht; er maßt ſich nicht wider unſern Willen das Unſrige an, da wir es ihm ſelbſt freiwillig überliefert haben, er lädirt uns alſo nicht, und folglich iſt unter dieſen Umſtänden nicht abzuſehen, wie wir ein Zwangsrecht haben mögen, das Gegebene wieder zurückzufordern. Nach dem Naturrechte wäre es daher ausgemacht, daß die Regel, welche man hier gewöhnlich anzunehmen pflegt [1]), grade umzukehren ſei, mithin die Zurückforderung einer aus verbotenen Verträgen geleiſteten Zahlung der Regel nach wegfalle [2]). Allein,

 auch

1) Solutum repeti potest, si obligatio naturalis reprobata adest.

2) Pufendorf L. 3. iur. nat. et gent. Cap. 7. §. 9. imgleichen Barbeyrac in ſeinen Anmerkungen daſelbſt §. 6. not. 2. n. 3.

auch in den Vorſchriften des bürgerlichen Rechts finden wir dieſelben Grundſätze beſtätigt. Obgleich Niemand auf die Erfüllung eines bürgerlich verbotenen Handels klagen kann, ſo beſtimmen doch die Geſetze den Fall, da die Zahlung einmal geſchehen iſt, ausdrücklich dahin: ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, solutum repeti non posse [3]), imgleichen: Si ob turpem causam promiseris Titio, quamuis si petat, exceptione doli mali vel in factum summouere eum possis, *tamen si solueris, non posse te repetere* [4]); ſie ſetzen ein- für allemal die Regel veſt: Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare [5]). Man wende nicht ein, daß in dieſen Geſetzen eigentlich die Rede von ſolchen Verträgen ſei, deren Zweck ſchon an ſich dem Naturrechte zuwider laufe; denn man wird nicht leugnen können, daß, ſobald der Handel durch poſitive Geſetze verboten worden, er eben dadurch auch den an ſich und natürlich unerlaubten gleich zu achten ſei. Wenn die Geſetze ferner an ſo vielen Stellen verordnen, daß eine wiſſentlich bezahlte Nichtſchuld dem Empfänger verbleiben ſoll, ſo wird man dagegen keine einzige Stelle beibringen können, welche die

aus

3) L. 3. D. *de cond. ob turp. vel iniust. caus.*
4) L. 8. ibid.
5) cit. L. 8.

aus verbotenen Verträgen geleiſtete Zahlung hievon im Allgemeinen ausnehmen ſollte; weshalb denn auch deren Zurückforderung um ſo weniger zu geſtatten iſt, weil ſchon das Naturrecht ſolche, wie eben gezeigt worden, verwirft, und dieſes daher auch in bürgerlichen Gerichten ſo lange gelten muß, bis durch beſtimmte Vorſchriften des Civilrechts ein Anderes angewieſen worden. Wir werden das Letztere in gewiſſen beſondern Gegenſtänden bald näher erfahren; vorläufig aber wird es nicht undienlich ſein, einige Fälle anzuführen, in welchen zufolge unſerer obigen Regel die Erfüllung eines bürgerlich verbotenen Handels, oder, wie die Syſteme es nennen, einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit nicht wieder zurückgefordert werden darf; obgleich der gewöhnliche Lehrbegriff leicht die Behauptung des Gegentheils veranlaſſen könnte, zum Theil auch bei einigen Gelehrten wirklich veranlaßt hat. 1) Wir wollen mit der zum verbotenen Spiele geſchehenen Anleihe den Anfang machen, weil wir derſelben im vorhergehenden ſchon beiläufig erwähnt haben. Es giebt Rechtsgelehrte, welche behaupten, daß die Bezahlung dieſer Anleihe ſogar mittelſt einer Klage verfolgt werden könne [6]; Allein, dieß iſt von andern bereits ſo

6) Berlich Decis. 66. n. 6. Carpzov Lib. 6. Respons. 96. n. 15. und Pract. crim. Quaest. 34. n. 27. Voet Comment. ad Pand. Lib. XI. Tit. V. §. 4.

ſo gründlich widerlegt worden, daß wir uns dabei nicht weiter aufhalten dürfen [7]. Ob aber die freiwillig geſchehene Wiederbezahlung zurückgegeben werden müſſe? iſt eine Frage, welche die Juriſten in ihren Schriften, ſo viele ich davon zu Rathe ziehen können, gar nicht berührt haben. Hätte es im Allgemeinen ſeine Richtigkeit, was Leyſer bei einer andern Gelegenheit vorträgt, daß das bürgerliche Verbot eines Geſchäftes denjenigen, welcher es erfüllet hat, berechtige, ſein eigenes factum wieder anzufechten [8]: ſo ſollte man glauben, daß die Zurückforderung Statt finden müſſe. Beurtheilen wir aber die Sache nach den Grundſätzen, worauf ſich unſere Regel ſtützet, ſo werden wir kein Bedenken weiter finden, die Frage ſchlechthin mit Nein zu beantworten. Genug, daß beide Theile die Geſetze übertreten haben, und daß keine ſpecielle Verordnung vorhanden iſt, welche die Zurückforderung des einmal Bezahlten geſtattet; wiewol ich gerne zugebe, daß, wenn die Zahlung aus Irrthum geſchehen wäre, ſodann die zum verbotenen Spiele geſchehene Anleihe der eigentlichen *condictio indebiti* nicht ent-

7) Argum. L. 12. §. 1. Mandati L. 2. §. 1. D. Quar. rer. act. non dat. Brunnemann ad L. 8. D. pro Emtore n. 1. Farinacius Quaest. 109. n. 217. Strick Us. Mod. Lib. XI. Tit. V. §. 10. Groenewegen de legib. abrogat. Tit. de aleat. n. 6.

8) Leyser Spec. 190. Med. 1.

entgegen geſtellt werden könne [9]). 2) Wenn eine Sache verkauft wird, deren Veräußerung die Geſetze verbieten, ſo fragt ſich, ob der Verkäufer ſelbſt berechtigt ſei, die übergebene Sache wieder zu fordern? Leyſer bejahet dieſe Frage [10]), widerlegt eine Menge von Einwürfen, welche dagegen gemacht werden könnten, und glaubt am Ende ſeine Meinung durch eine Stelle des Canoniſchen Rechts [11]) über alle Zweifel zu erheben. Allein die Hauptgründe, welche ihm entgegen ſtehen, daß nämlich der Regel nach die Erfüllung verbotener Verträge von den Contrahenten ſelbſt nicht reclamiret werden könne, — daß nicht abzuſehen ſei, wie derjenige, welcher ſelbſt die Geſetze übertreten hat, ſich anmaßen dürfe, Sachen, die er einmal freiwillig weggegeben hat, wieder zu fordern; — daß kein ausdrückliches Geſetz dieſe Zurückforderung geſtatte — ; alles dieſes übergeht er mit Stillſchweigen. Man ſieht aber leicht, daß ſeine Behauptung dadurch vollkommen widerlegt werde, indem auch die Päbſtliche Verordnung, worauf

9) Titius glaubt, dem Sempronius 100 Rthlr. Kaufgeld ſchuldig zu ſein, und bezahlt ſolche, da er ſich aber hierin geirret hat, und condict. indeb. anſtellet, ſo kann Sempronius ſich der Herausgabe darum nicht entziehen, weil er dem Titius wirklich 100 Rthlr. zu einem verbotenen Spiele angeliehen hat. L. 26. §. 3. D. de condict. indeb.

10) Spec. 190. Medit. 1. sequ.

11) Cap. 33. X. de *iureiurando*.

worauf er ſich zulezt beruft, Nichts weiter enthält, als daß die von einem Regenten vorgenommene Veräußerung, wenn der Staat ſelbſt dadurch gefährdet würde, wiederum zurückgefordert werden könnte, welches auf Privatangelegenheiten, wovon **Leyſer** handelt, wol keine Ausdehnung zulaſſen dürfte. 3) Ein gleiches iſt auch von dem Falle zu behaupten, wenn die Geſetze gewiſſe Perſonen vom Erwerb gewiſſer Sachen ausſchließen, z. B. die Juden in Anſehung der unbeweglichen Güther, imgleichen, wenn dieſes oder jenes Gewerbe gewiſſen Perſonen unterſagt iſt —. Wer ſich mit ihnen einläßt, Verträge mit ihnen ſchließet, kann zwar von ihnen nicht belangt werden, ſeine Zuſage zu erfüllen, aber was er ihnen gegeben, und bezahlt hat, das darf **er für ſeine Perſon** nicht wieder zurückfordern, wofern er kein Geſetz beibringen kann, welches ihn ſelbſt dazu berechtigt. Der Verkäufer mithin, welcher das einem Juden verkaufte Haus wirklich übergeben, der Handelsmann, der einem Mackler die Aſſecuranzprämie bezahlt hat, welche dieſer nie klagend hätte fordern können, ſind nicht befugt, das Gegebene wieder zu fordern, weil ſie ihrer Seits zur Uebertretung der Geſetze mit concurrirt, und das Ihrige einmal freiwillig weggegeben haben. 4) Wenn der berühmte **Hommel** behauptet, daß diejenigen, welche ſich unbefugterweiſe mit Heilung der Kranken

abge-

abgeben (medicastri), weder einen Lohn für ihre Arbeit, noch die Vergütung der etwa gehabten Auslagen an Medicamenten, Kräutern u. d. m. begehren können [12]), ſo hat er darin ganz unſtreitig Recht. Denn nicht leicht kann der gemeinen Wolfahrt eine Sache angelegener ſein, als daß das Leben und die Geſundheit der Menſchen den Pfuſchern und Marktſchreiern nicht Preiß gegeben, ſondern daß die Heilung nur Aerzten von geprüfter Geſchicklichkeit anvertrauet werde [13]). Wer ſich alſo unterſteht, dieſe Kunſt zu üben, ohne öffentlich dazu autoriſirt zu ſein, der übertritt die zum Beſten des Ganzen abzweckenden Geſetze, und iſt aller Anſprache auf Belohnung und Entſchädigung ganz unwürdig [14]). Wenn aber der gedachte Rechtslehrer hinzufügt, daß ſogar die, ſolchen Leuten geſchehene

12) *C. F.* Hommel Rhapsod. Quaest. obseru. 261.

13) Joh. Jac. Moſer von der Landeshoheit in Policeyſachen, Frankf. und Leipz. 1773. Cap. 4. Seite 73. u. f.

14) L. 134. §. 1. D. *de Reg. iur.* L. 12. §. 1. D. *de furtis.* Es kann aber auch hier der Richter die Perſonen und Sachen nur ſo behandeln, wie es einmal die geſetzliche Regel im Ganzen mit ſich bringt, obgleich der Grund davon in manchen concreten Fällen nicht immer zutreffen mag. Denn wie oft enthalten nicht ſelbſt gerichtliche Acten in den dabei befindlichen Sectionsprotocollen und Berichten die redendſten Beweiſe, daß auch unter die zünftigen Aerzte ſich ſchwache Subjecte eingeſchlichen haben, welche weit von dem entfernt ſind, wofür ſie publica auctoritate gelten.

hene Bezahlung, zurückgefordert werden könne: ſo kann ich ihm darin nicht beipflichten. Der Grund, welchen er anführt, quoniam non in *dante*, sed in solo *accipiente* turpitudo sedet; iſt überhaupt genommen unrichtig, wenn er gleich bisweilen zutreffen mag. Es iſt möglich, daß der Pfuſcher, deſſen man ſich bedient, ſich für einen rechtmäßigen Arzt ausgegeben, und ſolchergeſtallt andere hintergangen hat; und in dem Falle würde freilich die Zurückforderung des Bezahlten keinen Zweifel leiden. Aber wie viele rufen ihn nicht zu Hülfe, da ſie doch wiſſen, daß er unbefugterweiſe ein ihm verbotenes Gewerbe treibt. Dieſe ſind ſo wenig außer Schuld, daß ſie vielmehr zur Uebertretung der Geſetze offenbar mit beitragen, einen Mißbrauch, worunter die gemeine Wolfahrt leidet, befördern, und folglich vor den Augen des Richters in pari turpitudine mit dem Pfuſcher ſelbſt erſcheinen. Gründe genug, ihnen die Zurückforderung deſſen, was ſie bezahlt haben, gänzlich zu verſagen. Eben dieſes findet auch 5) in allen übrigen Fällen Statt, wo gewiſſe Künſte und Gewerbe im Staate nur von gewiſſen Perſonen geübt werden dürfen, andere aber davon ausgeſchloſſen ſind. Wer ſich alſo zum Betrieb ſeiner Rechtshändel nicht eines ordentlichen Advocaten bedient, ſondern zum Pfarrer oder Schreiber ſeine Zuflucht nimmt, wer

den

den zünftigen Künſtler vorbeigehet, und Statt deſſen einen Pfuſcher oder Böhnhaſen dingt, der kann zwar von dem leztern, wegen des verſprochenen Lohns nicht belangt werden, was er aber einmal bezahlt hat, darf er nicht wieder fordern, weil er ſeiner Seits den Geſetzen, und der guten Ordnung gleichfalls zuwider gehandelt hat. Daß aber in allen dieſen Fällen bei einer aus untadelhaftem Irrthum geſchehenen Zahlung, die aus verbotenen Geſchäften behauptete Forderung der eigentlichen condictioni indebiti nicht im Wege ſtehe, darf ich hier nicht weiter ausführen, da es einmal geſetzliche Regel iſt: Ex his omnibus, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta *per errorem* solutione condictioni locus erit [15]. Nach den obigen Grundſätzen ſollte nun auch die Zurückforderung einer bezahlten Spielſchuld dem **Mitſpieler** ſelbſt nicht frei ſtehen; allein es iſt wahr, was Andere bereits angemerkt haben, daß die Geſetze in dieſem Punct den aus dem Naturrechte aufgenommenen Vorſchriften nicht immer in einzelnen Fällen getreu geblieben ſind [16], und bei manchem Gegenſtande

X liegt

15) L. 54. D. de condict. indeb.

16) **Barbeirac** in ſeinen Anmerkungen über PUFENDORF I. N. et G. am angeführten Orte: La repetition, ſchreibt er, n'est pas plus juste par rapport a celui qui a donné, que l'aueu du sujet pour le quel

liegt es ſchon gewiſſermaßen in der Natur der Sache, daß von unſerer obigen Regel nicht füglich Gebrauch zu machen iſt, weshalb wir nunmehr die Ausnahmen etwas näher betrachten wollen.

§. 77.

Ausnahmen von der obigen Regel.

Zwei Gründe ſind es vorzüglich, welche die Zurückforderung der aus verbotenen Verträgen geleiſteten Zahlung der Regel nach unzuläſſig machen; 1) weil derjenige, welcher die Erfüllung leiſtet, das Seinige freiwillig weggiebt; 2) weil beide Contrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geſchäftes die Geſetze übertreten, und in ſolchem Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen. Giebt es nun Fälle, wo, des bürgerlichen Verbots der Handlung ungeachtet, die erwähnten Gründe nicht zutreffen, — wo der Bezahlende juriſtiſch nicht für den

quel il a donnè ne lui fait honneur. C'eſt la deſſus, qu'il faut fonder les maximes de Iurisconſultes Romains, que quand la conuention eſt deshonnette et par rapport a celui qui donne, et qui reçoit, le premier ne peut rien redemander. *Mais le droit Romain a la verité ne ſuit pas toujours ce principe, puisque, quand il s'agit des jeux de Hazard, qui etoient defendus, et regardés comme deshonnettes, le Perdant peut redemander ſon argent, même au dela du terme ordinaire de la preſcription.*

den zu achten iſt, der über das Seinige eigen-mächtig diſponiren kann, — wo das Geſetzwi-drige des Vertrags nicht ſowol den Schuldner, als vielmehr den Gläubiger trifft, ſo iſt die Folge natürlich, daß in dieſen Fällen von jener Regel kein Gebrauch zu machen iſt. Man muß daher auch hier wiederum auf die Bewegurſache und die wahre Abſicht der verbietenden Geſetze zurückgehen, im-gleichen das Perſönliche Verhältniß deſſen, der die Zahlung geleiſtet hat, in Obacht nehmen, um es gründlich erklären zu können: warum dem letztern hin und wieder die Zurückforderung des Gegebenen frei ſtehet. Betrachten wir nämlich 1) die Fälle, wo gewiſſen Perſonen zu ihrem eigenen Beßten die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, ent-weder ganz oder zum Theil genommen iſt, weil die Geſetze bei ihnen, wo nicht einen gänzlichen Mangel der natürlichen Fähigkeit zum contrahiren, doch we-nigſtens eine vorzügliche Gefahr der ungebührlichen Verleitung und Uebereilung vorausſetzen, ſo wird es uns nicht befremden, daß ſelbſt von Seiten dieſer Perſonen, wenn ſie ſich dennoch in Rechtsgeſchäfte eingelaſſen und ſolche erfüllt haben, die Zurückforde-rung geſchehen darf, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung wiſſentlich, oder aus Irrthum ge-leiſtet worden ſei; z. B. wenn Pupillen, Minder-jährige, gerichtlich erklärte Verſchwender, ohne

vormundſchaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt haben. Dieſe Perſonen ſind einestheils den Geſetzen nach als ſolche anzuſehen, denen die natürlichen Erforderniſſe ſich gültig zu verbinden, ermangeln, anderntheils aber iſt die von ihnen geſchehene Zahlung an ſich ſchon unkräftig, weil ſie nicht über das Ihrige eigenmächtig diſponiren können; mithin ſieht ein Jeder, daß bei ihnen die gewöhnlichen Folgen einer freiwillig geleiſteten Erfüllung nicht zutreffen können. Dieß iſt es, was **Ulpian** in nachfolgenden Worten lehrt: Interdum *persona* locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, ſolverit. Nam in his personis *generaliter* repetitioni locum esse non ambigitur [1]). Von den Frauensperſonen, welche nach gewiſſen Provinzialgeſetzen unter fortwährender Vormundſchaft ſtehen, iſt wegen Gleichheit der Urſachen eben daſſelbe zu behaupten [2]); obgleich einige Rechtslehrer das Gegentheil zu vertheidigen ſuchen [3]). Aber auch außer den genannten Perſonen, ſind 2) die Gründe der obigen Regel nicht anwendlich, wenn nur die Abſicht des Geſetzes vorzüglich dahin geht, es zu verhüten, daß Jemand durch liſtige Beredung Anderer um das

1) L. 29. D. de condict. indeb.
2) Mevius *ad ius Lubecense* Lib. I. Tit. 10. Art. 3.
3) *Ulr.* Huber Praelect. ad Inst. Lib. 3. Tit. 14. §. 2.

das Seinige gebracht werde, ob er gleich ſonſt über ſein Vermögen frei diſponiren kann. Daher auch, was über 500 Soliden ohne gerichtliche Inſinuation geſchenket worden iſt, zurückgefordert werden darf [4]). In allen dieſen Fällen iſt der Contrahent, welcher die Erfüllung leiſtet, gerade derjenige, den die Geſetze beſonders in ihren Schutz nehmen, und nach den Umſtänden, welche man den Rechten gemäß dabei vorausſetzen muß, trifft das Unrechtmäßige der Handlung nicht ſowol ihn ſelbſt, als vielmehr den, der ſich mit ihm eingelaſſen, und auf eine geſetzloſe Art etwas zu erwerben geſucht hat. Hier findet alſo die Zurückforderung Statt, wenn gleich der Empfänger vorſchützen wollte, daß der andere Theil nicht durch Irrthum zur Zahlung veranlaßt ſei, ſondern ſolche wiſſentlich geleiſtet hätte, weil dieſes die erwähnten Umſtände noch nicht aufhörend macht, und das Bewußtſein von der Ungültigkeit des Handels keinesweges die Uebereilung und ungebührliche Verleitung, wogegen das Verbot eigentlich gerichtet iſt, ausſchließt; folglich nicht geſagt werden kann, daß beide Theile in pari causa illicita verſirten. Nur dann iſt freilich die Erfüllung für unwiederruflich zu achten, wenn die Geſetze ſelbſt verordnen, daß dergleichen Geſchäfte durch nachherige

4) L. 27. und 36. §. 3. C. de donation. Man ſehe hiebei oben die Note 8. §phi 65.

tige Anerkennung zur Gültigkeit gelangen können, und die Zahlung unter ſolchen Umſtänden erfolgt, daß ſie eine rechtmäßige Genehmigung des Handels mit ſich führt. Wer alſo einen Vertrag, den er als Minderjähriger, oder als Verſchwender im rechtlichen Verſtande, ohne Vormund getroffen hatte, nach erlangter Großjährigkeit, oder nach aufgehobener Curatel erfüllet, der iſt auch nicht weiter berechtigt, das Gegebene wieder zu fordern. Hieraus iſt es nun zu erklären, warum die Frauensperſonen, welche ſich verbürgt haben, das Bezahlte nicht zurückfordern können, wenn ſie bei der Zahlung gewußt haben, daß ihre Interceſſion zu Recht nicht beſtändig ſei [5]). Die Geſetze verordnen dieß deutlich, wiewol der Grund, welchen Voet dabei anführt: eo quod conſulto dati indebiti donatio eſt, donanti autem mulieri per Senatusconſultum Velleianum non ſuccurritur, zu denen gehören dürfte, welche zu viel beweiſen. Denn eben ſo gut könnte man auch ſagen: Wer wiſſentlich zu viele Zinſen bezahlt, kann ſolche nicht zurückfordern, quoniam

5) L. 9. C. ad S. C. Velleianum: Quamuis mulier pro alio ſoluere poſſit, tamen ſi praecedente obligatione, quam Senatusconſultum de interceſſionibus efficacem eſſe non ſinit, ſolutionem fecerit, *eius ſenatusconſulti beneficio munitam ſe ignorans*, locum habet repetitio. Man ſehe auch L. 26. §. 3. L. 40. D. de cond. ind. Voet Comment. ad Pand. Lib. XVI. Tit. 1. §. 12.

niam consulto dati donatio est. Mehr über=zeugend und weniger zweideutig iſt unſtreitig der Grund, welchen uns die wahre Abſicht der Velleja=niſchen Verordnung an die Hand giebt. Den da die Bürgſchaft nicht, weil ſie an ſich etwas Verwerf=liches enthält, ſondern nur darum ungültig iſt, da=mit die Frauensperſonen durch ungebührliche Be=redungen und übereilte Zuſagen nicht um das Ih=rige gebracht werden, ſo haben deswegen die Ge=ſetze auch billig gefunden, eine Rechtsverbindliche Genehmigung des Handels zuzulaſſen, wenn dabei Umſtände eintreten, welche gegen den ernſtlichen und freien Willen der Frauensperſonen keinen Zweifel übrig laſſen. Dieß erklärt die Sache ſelbſt nicht nur hinlänglich, ſondern man ſieht auch hier=aus gleich die Urſache, warum in andern bürger=lich verbotenen Rechtsgeſchäften die obgleich wiſ=ſentlich geſchehene Zahlung dennoch zurückgefordert werden kann; wenn nämlich 3) gewiſſe Verträge aus der Urſache unterſagt werden, weil ſelbſt dem gemeinen Weſen daran liegt, daß das Gegebene oder Bezahlte gerade dem verbleibe, der ſich deſ=ſen hat entäußern wollen; z. B. wenn Jemand, dem zu ſeinem künftigen Unterhalte gewiſſe Güter vermacht worden ſind, ohne des Richters Zuſtim=mung einen Vergleich ſchließt, und vermöge deſſel=

ben die vermachten Stücke weggiebt [6]): ſo auch 4) wenn der unrechtfertige Vortheil, welchen der Empfänger zum Schaden des andern Contrahenten aus dem Handel ziehen würde, jenen vorzüglich den Geſetzen verhaßt macht, und dieſe eben darum der unlautern Gewinnſucht durch verbietende Vorſchriften billige Gränzen geſetzt haben; zum Beiſpiele dient der verbotene Wucher, der commiſſoriſche Vertrag bei Verpfändungen, das pactum de quota litis, u. a. m. Ueberall iſt hier der Gläubiger immer derjenige, dem eigentlich nur die Uebertretung der Geſetze vorzuwerfen iſt, der Schuldner hingegen der, dem die Geſetze gegen die Gewinnſucht des Erſtern ihren Schutz angedeien laſſen; weshalb die Zurückforderung des ungebührlichen Vortheils ohne Bedenken Statt findet. Genau gerechnet, wäre nun dieſes von dem, der ſich in verbotene Hazardſpiele eingelaſſen, und das Verlorne bezahlt hat, eben nicht zu behaupten. Denn er hat im Ganzen eben ſo unerlaubt gehandelt, als der andere, dem das Glück günſtiger war. Da aber gleichwol ausdrückliche Geſetze dem Mitſpieler ſelbſt die Zurückforderung der Spielſchuld ohne Ausnahme geſtatten [7]), ſo behält es

6) L. 25. §. 2. D. de condict. indebiti.

7) L. 3. C. de aleatoribus, verb.: solutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur *ab his, qui dederint*, vel eorum heredibus, aut his negligentibus

es freilich dabei ſein Bewenden, wenn gleich dieſe beſondere Ausnahme von der obigen Regel mit keinem andern Grunde, als dem bekannten, ita lex ſcripta eſt, zu unterſtützen ſein dürfte.

Mehr läßt ſich auch wol in der That über den beſondern Fall nicht ſagen, den das Anſehen Papinians noch mit unter die Ausnahmen gebracht hat. Zwiſchen Perſonen, denen das Geſetz die Heirath durchaus verbietet, kann natürlich das Verſprechen eines Brautſchatzes nicht verbindlich ſein; aber auch die Zurückforderung des Gegebenen ſollte den Fall des Irrthums abgerechnet, aus eben dem Grunde nicht Statt finden. Und doch entſchied der angeführte Rechtsgelehrte L. 5. D. de condict. sine causa anders. Auunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit; an eandem repetere possit? quaesitum est. Dixi, quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto pari

 po-

tibus a Patre aut defensoribus illius ciuitatis, vel recipiat fiscus, non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione. Lauterbach Compend. Pandectar. Lib. XI. Tit. 5. p. 160 behauptet dennoch, daß heutiges Tages dem Mitſpieler ſelbſt die Zurückforderung nicht zuſtehe, weil beide Theile in re illicita verſirt hätten. Sonderbar genug! War denn etwa derzeit, als Juſtinian die Spiele ſo nachdrücklich unterſagte, und nichts deſtoweniger ſelbſt dem Uebertreter ſeiner Verordnung die Zurückforderung erlaubte, nicht eben ſowol par utriusque turpitudo vorhanden?

potiorem esse poſſeſſorem, quam rationem fortaſſis aliquem ſecutum reſpondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recta defendi, non tam *turpem* cauſam in propoſito, quam *nullam* fuiſſe, quum pecunia, quae daretur, in dotem conuerti nequiret; non enim ſtupri, ſed matrimonii gratia datam eſſe. Nouerca priuigno, nurus ſocero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupſit. Ceſſare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium inceſtum committitur; atquin vel magis in ea ſpecie nulla cauſa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit. Hätte **Papinian** die Zurückforderung verworfen, Niemand würde die Richtigkeit der Gründe, die er ſelbſt dagegen anführt, bezweifelt haben. Jezt muß uns aber auch ſein Anſehen nicht abhalten, zu geſtehen, daß der Grund, womit er hier die Zuläſſigkeit der condictio sine causa rechtfertigen will, zuviel beweiſe, daß es etwas ſehr leichtes ſei, mit dieſem Argument die ganze Vorſchrift der Geſeze, welche in Fällen wo beide Theile einen verbotenen Zweck vorhaben, die Zurückforderung verwirft, in der Anwendung zu vereiteln, wenn es nur darauf ankommt, den nächſten Zweck des Gegebenen bloß als richtig darzuſtellen, daß wir ſeine Lehre alſo nur auf den einzelnen Fall, wovon er redet, als Ausnahme einſchränken, ſonſt aber bei der gedachten

Regel

Regel bleiben müſſen, da die Gerichte im Staate unmöglich dazu beſtellt ſein können, um diejenigen, welche die Geſetze gemeinſchaftlich übertreten wollten, in ihren gegenſeitigen Anſprüchen wieder auszugleichen.

Fünfter Abſchnitt.

Von natürlich erlaubten, auch bürgerlich nicht verbotenen Rechtsgeſchäften, welche jedoch nach Vorſchrift des Civilrechts den völligen gerichtlichen Effect nicht hervorbringen.

§. 78.

Einleitung.

Nachdem wir bisher von natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeſchäften gehandelt haben, ſo führt uns jetzt die Ordnung auf ſolche verbindliche Handlungen, welche, obgleich bürgerlich unverboten, dennoch im Gerichte nicht völlig wirkſam ſind. Dergleichen natürliche Verbindlichkeiten im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts (§. 55.) laſſen ſich denken, Einmal, wenn ihnen durch bürgerliche Anordnung der völlige gerichtliche Effect ſchon im voraus verſagt worden iſt, und zweitens, wenn einer bisher völlig wirkſamen Verbindlichkeit die fernere Wirkung im Wege Rechtens aus

ſolchen

ſolchen Gründen verſagt wird, die nach natürlichen Rechten keine Aufhebung der Zwangspflicht ſelbſt zuwege bringen. Von jenem wird der gegenwärtige, von dieſem das erſte Kapitel des nächſtfolgenden Abſchnitts handeln. Beide Gegenſtände kommen aber darin mit einander überein, daß der Regel nach in den Fällen, welche ſie unter ſich begreifen, das Daſein und die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit an ſich im bürgerlichen Zuſtande keinen Zweifel leidet, ſondern nur die gerichtliche Wirkung durch Civilgeſetze beſchränkt worden iſt. Hieraus erwachſen verſchiedene Folgen und Verhältniſſe, welche beiden gemein ſind, die wir aber aus guten Gründen erſt im zweiten Kapitel des folgenden Abſchnitts näher entwickeln werden. Bis dahin verſparen wir alſo die Frage: nach welchen Geſetzen der Richter zu verfahren habe, wenn da, wo geklagt wird, und da, wo der Handel getroffen worden iſt, die Rechte nicht übereinſtimmen? imgleichen die Regeln, welche überhaupt bei Anwendung dieſer Geſetze zu beobachten ſind, und andere allgemeine Grundſätze. Denn dieſe communia ſetzen ſchon eine Kenntniß von der wahren Beſchaffenheit der Gegenſtände, welche hieher gehören, zum voraus, und müſſen durch Anwendung auf einzelne Fälle erläutert werden, wozu in Betracht der beſondern Verhältniſſe, deren es hier ungleich mehrere giebt, als bei dem

Ge-

Gegenſtande des vorigen Abſchnitts, die erwähnte Ordnung unſtreitig die zweckmäßigſte iſt.

§. 79.

Claſſification der einzelnen hieher gehörenden Rechtsgeſchäfte.

Eben die Gründe, wodurch der bürgerliche Geſetzgeber bewogen werden kann, gewiſſe natürlich erlaubte Handlungen zu verbieten, und den Staatsbürgern alle rechtliche Befugniß zu dergleichen Handlung gänzlich zu verſagen, können auch zum Theil in andern Verhältniſſen zur Veranlaſſung dienen, daß gewiſſen Rechtsgeſchäften, ohne eben ſolche durchaus zu verbieten, nur die völlige Wirkſamkeit in Gerichten nicht geſtattet wird. Es treten aber auch hiebei noch manche beſondere Urſachen ein. Inzwiſchen laſſen ſich doch die einzelnen Fälle im Allgemeinen nach den Hauptgründen der Geſetzgebung auf drei Claſſen reduciren. Es giebt Verbindlichkeiten, welche in bürgerlichen Gerichten nicht völlig wirkſam ſind,

I. weil ſie mit gewiſſen poſitiven Beſtimmungen der Privatgeſchäfte nicht übereinſtimmen; andere

II. weil das Perſönliche Verhältniß der Parteien ſowol überhaupt, als auch beſonders ihre gegenſeitige Verbindung den Geſetzgeber bewogen hat, die völlige gerichtliche Wirkung nicht zu geſtatten; und wiederum andere,

III. weil

III. Weil die Geſetze nach den Regeln der Billigkeit dem Schuldner gegen das ſtrenge Recht des Gläubigers einige Nachſicht ertheilt wiſſen wollen.

Man hat hiebei auf den nächſten Hauptgrund der bürgerlichen Vorſchrift Rückſicht genommen, da es ſonſt nicht zu leugnen iſt, daß freilich einige einzelnen Fällen nicht in Eine dieſer Claſſen allein, ſondern gewiſſermaßen auch zugleich in eine andere gerechnet werden dürften. Schwierigkeiten dieſer Art ſind überhaupt in unſerer Wiſſenſchaft nicht zu vermeiden, man mag bei dem Vortrag eine Methode zum Grunde legen, welche man will. z. B. Das beneficium competentiae, welches die Geſetze den Soldaten und Vaſallen beilegen, kann in einem und andern Betrachte ſowol in der zweiten, als auch in der dritten Claſſe ſeinen Platz behaupten; weil inzwiſchen *fauor debitores* hier den nächſten Grund der gerichtlichen Unwirkſamkeit ausmacht, ſo habe ich kein Bedenken gefunden, dieſe Fälle in die dritte Claſſe, wo überhaupt die gedachte Rechtswolthat vorkommt, zu rangiren.

§. 80.

Der Regel nach ſteht es den Parteien frei, in ihren Privatangelegenheiten die Rechte und Verbindlichkeiten anders zu reguliren, als die poſitiven Geſetze es beſtimmet haben.

Ehe

Ehe wir die einzelnen Fälle der erſten Claſſe beſonders angeben, wird im Allgemeinen noch etwas über die Frage zu ſagen ſein: ob und in wie fern den Parteien frei ſteht, in ihren Privatangelegenheiten Rechte und Verbindlichkeiten anders zu beſtimmen, als es die Regel des Civilrechts mit ſich bringen würde? Es folgt nicht, daß eine Verabredung, oder andere Privatdiſpoſition darum gleich ungültig oder unwirkſam ſei, weil ſie mit gewiſſen poſitiven Beſtimmungen nicht übereinkommt. Freilich, wenn aus einer poſitiven Vorſchrift die Abſicht der Geſetzgebung deutlich erhellet, daß dadurch den Privatverfügungen gewiſſe Gränzen geſetzt werden ſollen, wenn ſchlechterdings gebietende oder verbietende Geſetze die Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit gewiſſer Privatdiſpoſitionen beſtimmen, ſo hat es kein Bedenken, daß die Gültigkeit der letztern, und mit derſelben ihre gerichtliche Wirkſamkeit von der Uebereinkunft mit den Vorſchriften der Geſetzgebung abhängt. Davon iſt im vorigen Abſchnitte ausführlich gehandelt worden. Anders verhält ſich aber die Sache, wenn die Geſetze überhaupt nur in den Angelegenheiten des Privatverkehrs gewiſſe Regeln veſtſetzen, wonach der Richter in gegebenen Fällen die rechtlichen Folgen des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, der Verträge ꝛc. beſtimmen ſoll. Dadurch wird den Mitgliedern des Staats das

Recht

Recht nicht entzogen, durch Verträge und einſeitige Handlungen über ſich und ihr Vermögen zu disponiren; vielmehr ſind ihre Verfügungen ſo lange vollkommen rechtsgültig, bis ausdrückliche Geſetze den Handel entweder ganz ungültig erklärt, oder die gerichtliche Hülfe verſagt haben. Moſer ſagt: „Der „natürlichen Freiheit, die einem jeden Menſchen „auch in deſpotiſchen Staaten vergönnet bleibt, iſt „nichts gemäßer, als daß, wenn einige Perſonen „über ihre Privatangelegenheiten paciſciren, dieß „pactum ohne weitere Confirmation gültig ſei, und „in contradictorio darauf geſprochen werden müſſe, „es wäre denn, daß die Geſetze bei einem oder dem „andern Fall wirklich das Gegentheil ſtatuirten [1].“ Wenn inzwiſchen einzelne Mitglieder der bürgerlichen Societät ſich in dieſen oder jenen Rechtshandel einlaſſen, dieſen oder jenen Vertrag mit andern ſchließen, ſo laſſen ſie es ſich ſelten angelegen ſein, und die wenigſten ſind überhaupt fähig, auf alle mögliche künftige Fälle mit Rückſicht zu nehmen, und was dabei Rechtens ſein ſolle, gehörig im Voraus zu beſtimmen. Wie viele Ehen werden nicht geſchloſſen, ohne daß die wichtigſten Angelegenheiten beider Ehegatten, worüber in der Folge Streit entſtehen kann, durch Verträge unter ihnen im voraus regu-

1) Familien Staatsrecht der teutſchen Reichsſtände. Th. 2. §. 125. n. 6.

reguliret werden; wie mancher Kauf- Tauſch- Leih-Contract ꝛc., ohne bei Errichtung deſſelben an die möglichen Fälle, der Gefährde, des Betruges, der Fahrläſſigkeit u. ſ. w. zu denken, oder ſolche durch wechſelſeitige Vereinbarung zu beſtimmen. Was die Natur der Sache, die Vorſchriften des Vernunftrechts in ſolchen Fällen mit ſich bringen, iſt nicht ſo ausgemacht, als die Reſultate in der Rechenkunſt, wo die Data und die Regeln des Verfahrens ſo beſtimmt ſind, daß keiner mit Vernunft ſolche anders denken kann, mithin, wie viele Perſonen auch immer eine Aufgabe ausrechnen, die Summe bei allen doch immer dieſelbe ſein muß. Nicht mit eben der Evidenz folgt in juriſtiſchen Problemen die Schlußfolge immer aus den Vorderſätzen. Die Entſcheidung deſſen nun, was die Parteien ſelbſt unbeſtimmt gelaſſen haben, lediglich dem Ermeſſen des Richters anvertrauen, ſo wie er etwa glaubt, daß die Natur der Sache und die Regeln des Vernunftrechts den vorkommenden Fall entſcheiden, würde eben ſo viel ſein, als eine gleiche und ſichere Juſtizpflege von einem bloßen Ungefehr erwarten wollen. Um dieß zu verhüten, und überall Ordnung und Ruhe des Ganzen zu befördern, hat die Geſetzgebung ſelbſt die von der freien Willkühr der Unterthanen abhängenden Privatangelegenheiten mit in ihr Gebieth gezogen, die Rechte

und Verbindlichkeiten der Contrahenten beſtimmt, damit es für jeden Fall nicht an gewiſſen Regeln zur Entſcheidung vorkommender Streitigkeiten fehlen möge. z. B. Wenn ein Kauf- oder Pachtcontract geſchloſſen worden, wie es gehalten werden ſoll, wenn die verkaufte oder verpachtete Sache unbrauchbar iſt, wenn eine oder beide Parteien ſich ſäumig in Leiſtung des Schuldigen beweiſen, wenn ein Dritter die Sache evincirt, u. d. m. Wenn aber ſolchergeſtalt in den Geſetzen für die vorzüglichſten Fälle möglichſt geſorgt, die Natur eines jeden Geſchäftes genau beſtimmet, der ganze Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, welche daraus entſtehen können, berichtigt iſt, ſo läßt ſich doch der Regel nach bei dieſen geſetzlichen Beſtimmungen nur die Abſicht annehmen, damit dasjenige, was die Contrahenten ſelbſt nicht regulirt haben, nicht ganz ohne gewiſſe Vorſchrift dem Gutbefinden der Gerichte überlaſſen bleiben möge. „Die Regenten,“ ſagt **von Tevenar** [2]), „ſind in Abſicht der Privatgeſchäfte der Unterthanen mehr Rathgeber, als Gebiether; ihre „Aufmerkſamkeit muß nur darauf gerichtet ſein, daß „ſich Ruhe, Sicherheit und Wolfahrt über das „Ganze verbreite. Wie es alſo einem jeden frei „ſteht, ſelbſt in der Welt eine Rolle zu ſpielen, oder „ſich in ein Kloſter zu begeben, und Statt ſeiner „Ver-

2) Verſuch über die Rechtsgelahrtheit. S. 19.

„Vernunſt die Kloſterregeln zur Norm ſeines Lebens „zu machen, ſo iſt auch den Parteien unbenommen, „die Rechte und Verbindlichkeiten in Anſehung ih„rer Rechtsgeſchäfte ſelbſt zu beſtimmen, oder es „dieſerhalb bei den geſetzlichen Vorſchriften zu laſ„ſen;" vorausgeſetzt, daß das Civilrecht durch wirklich verbietende Geſetze ihnen dieſe Befugniß nicht entzogen, oder den Richter nicht ganz beſtimmt angewieſen hat, auf andere Privatverfügungen keine Rückſicht zu nehmen. Wenn daher Pütter ſchreibt [3]: „Was aber Dinge ſind, die das Recht der Natur „auf willkührliche poſitive Beſtimmungen ankommen „läßt, da iſt doch bei weitem noch nicht die Folge, „daß ſolche Dinge ohne Unterſchied durch geſetzliche „Vorſchriften der höchſten Gewalt beſtimmt werden „müßten;" ſo wird ein Jeder aus Gründen, die wir oben bemerkt haben, ſehr leicht erachten, daß dieſe geſetzlichen Beſtimmungen an ſich und überhaupt genommen ſehr nöthig ſind, um weitläuftige Rechtshändel und üble Folgen zu verhüten, welche unvermeidlich ſind, wenn alles, was die Parteien ſelbſt nicht ſchon im voraus beſtimmt haben, dem ſchwankenden Ermeſſen der Gerichte Preis gegeben wird. Wenn aber dieſer berühmte Schriftſteller hinzufügt: „Vielmehr iſt es für die natürliche Frei-

3) Beiträge zum teutſchen Staats- und Fürſten-Rechte. Th. 2. S. 10. n. 13.

„heit nur gar zu weſentlich, daß darin jedem Men„ſchen, jeder Familie, jeder Geſellſchaft ungebun„dene Hände gelaſſen werden, ihre Einrichtung nur „nach ihrem Gutdünken und nach Befinden ihrer „Umſtände zu machen:“ ſo iſt hiebei noch zu erinnern, daß durch die alleinige Beſtimmung der Rechte und Verbindlichkeiten in Anſehung der Privatgeſchäfte des Unterthanen, nicht ſofort ſeine natürliche Freiheit eingeſchränkt, noch ihm die Befugniß genommen wird, ſelbſt in vorkommenden Fällen ein anderes zu verabreden und zu beſchließen, ſondern daß durch dergleichen bürgerliche Anordnungen nur angedeutet wird, was man in Dingen, die man ſelbſt unbeſtimmt gelaſſen hat, im Wege Rechtens zu erwarten habe. Nur dann erſt wird ihre natürliche Freiheit eingeſchränkt, wenn neben der geſetzlichen Beſtimmung zugleich den Privatdiſpoſitionen, welche etwa davon abweichen ſollten, die rechtliche Wirkſamkeit verſagt wird. Selbſt das Römiſche Recht, ob es gleich in einzelnen Fällen mehrere Einſchränkungen dieſer Art enthält, als wir nach unſerer heutigen Verfaſſung annehmen dürfen, ſetzt doch überhaupt die Regel veſte: Pacta dare legem contractui, — obligationum causas pactione immutari posse — contractum ex conuentione legem accipere [4]); und wir dürfen den Leſer nur an die ſogenann-

4) L. 23. und 27. D. *de Regul. iur.* L. 7. D. *de pact.* L. 1. D. *depositi.*

genannten naturalia oder die adminicula contractuum [5]) erinnern, um den vielfältigen Gebrauch von dieſen Regeln zu zeigen. In emtionibus, ſagt der Römiſche Juriſt, scimus quid praestare venditor debeat, quidque contrario emtor. *Quodsi in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id seruari debebit* [6]). Bei dem Allen aber iſt nicht zu leugnen, daß die Geſetze hin und wieder die erwähnte Befugniß der Contrahenten ſehr eingeſchränkt haben, indem ſie theils gewiſſe Formen der Verträge zwar nicht ſchlechterdings gebieten, aber doch nur ihnen die völlige Wirkſamkeit in Gerichten zugeſtehen; theils in Anſehung der vorkommenden Rechtsgeſchäfte gewiſſe Merkmale und Folgen unbedingt veſtſetzen, dergeſtalt, daß alle Verpflichtungen, welche entweder mit jenen Formen, oder mit dieſen einmal angenommenen Grundſätzen und Folgen nicht übereinkommen, als bloß natürliche Verbindlichkeiten im ſtrengſten Verſtande in bürgerlichen Gerichten nicht mit völliger Wirkung geltend gemacht werden können. Dieſe Fälle ſind es, welche wir jetzt etwas näher zu betrachten haben.

§. 81.

Erſte Claſſe; einzelne Fälle natürlicher Verbindlichkeiten, welche mit den bürgerlichen Be-

5) L. 72. D. *de contrah. emt. vend.*
6) L. 43. D. *de pactis.*

Beſtimmungen der Privatgeſchäfte nicht übereinkommen, und darum den völligen gerichtlichen Effect nicht haben.

Nach dem Römiſchen Rechte gehören hieher

A. Die ſimplen Verträge (pacta nuda) überhaupt [1]).

B.

1) L. 7. §. 5. L. 45. D. L. 10. C. *de pactis* L. 15. D. *de praescr. verb.* L. 27. C. *Loc. cond.* Paullus Lib. 2. Sent. Tit. 14. Vermöge der angeführten Geſetze iſt das pactum nudum nicht klagbar. Daß aber die natürliche Verbindlichkeit per modum exceptionis urgirt werden könne, und wegen derſelben das Zurückhaltungsrecht, die Compenſation und Abrechnung Statt finden, erhellet aus L. 7. §. 4. und 7. L. 41. D. L. 27. §. 6. L. 5. 6. *de pact.* §. 3. und 9. I. de except. L. 13. und 19. pr. D. *de cond. ind.* L. 6. C. de *compensat.* Ueber die eigentliche Bewandniß der Römiſchen Theorie von Verträgen und Contracten iſt viel geſchrieben. Vorzüglich haben ſich um dieſe Lehre verdient gemacht: *Gerard* Noodt libro singulari ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus, Opp. omn. T. 1. p. 421. *C. F. G.* Meister de in factum actionibus c. 1. §. 3. seqq. Opusc. sylloge 1. pag. 312. *de* Selchow Iur. rom. anteiust. §. 749. *Joh. Gottl.* Langsdorff Tractat. de pactis et contractibus romanor. Manhem. 1777, im Auszuge mit beigefügten Anmerkungen von Hugo, in deſſen Civil. Magazin. I. 391. *Joh. Gottl.* Mueller Disputatio ad historiam iuris romani de contractibus antiquissimam, welche deſſen vindiciis contractus aestimatorii Lips. 1778. vorangeſchickt iſt —. Als Muſter einer treflichen Erklärung der einzelnen Geſetze des Titels de pactis verdient die Sammlung der Römiſchen Geſetze, mit erläuternden Anmerkungen (von Höpfner) Frankf. und Leipzig 1785. vorzüglich angemerkt zu werden.

B. Die Nebenverträge, welche nicht ſofort bei Eingehung eines contract. bon. fid. geſchloſſen worden ſind, und ferner

C. diejenigen Nebenverträge, deren Inhalt mit der Natur des Hauptgeſchäftes, ſo wie ſolche in bürgerlichen Geſetzen beſtimmt iſt, nicht übereinkommt [2]): z. B. 1) Die Verabredung, daß der Ehemann wegen der auf den Brautſchatz verwandten nothwendigen Koſten keine Vergütung fordern [3]); 2) daß er ſich des beneficii competentiae gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen der dos zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle [4]); 3) daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bei entſtehender Zahlung gar nicht veräußern dürfe [5]); 4) das

2) *Joh. Bernh.* Friese (Respond. auct. Bergmann) *de pacto adiecto* Ienae 1694. th. 12. 13. Langsdorff *de pactis et contractibus* §. 178.

3) L. 5. §. 2. D. de pact. dotalibus: Et si conuenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est seruandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.

4) L. 14. §. 1. D. *Soluto matrim.*: Eleganter quaerit Pomponius, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum seruandum sit? Et negat seruari oportere. Quod quidem et mihi videtur verum.

5) L. 4. und 5. D. de pign. act.: Ubi vero conuenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit furti obligatur, *nisi ei ter fuerit denunciatum, ut soluat et cessauerit.* Idque iuris est, siue omnino fuerint pacti

das Verſprechen der Zinſen beim Darlehn[6]; 5) der Vertrag, daß Ein Geſellſchafter allen Erwerb gewinnen, und ein anderer allen Verluſt allein tragen ſolle[7]; imgleichen 6) daß eine Geſellſchaft oder Gemeinheit nur mit Einwilligung aller Intereſſenten aufgehoben werden könne[8]; 7) die Verabredung, daß ein ſogenanntes precarium vor Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht wiedergefordert werden dürfte[9]; 8) die Conventionalſtrafe bei Verlobungen[10]. — Im Allgemeinen iſt man zwar ver-

möge

pacti ne veneat, ſiue in ſumma, aut conditione aut loco contra pactionem factum ſit. — *Anton.* Faber Error. Pragmaticor. 87. 3. etc. Cannegieter Obſeruat. II. 7. Rygerbos Obſeru. c. 15.

6) L. 1. 3. 4. 7. C. de uſuris L. 11. §. 1. D. de reb. cred. *J. H.* Boehmer de uſuris pecuniae mutuaticiae, in Exercit. ad Pand. Tom. IV.

7) L. 29. §. 2. D. pro Socio.: Societatem talem coiri non poſſe, ut alter lucrum tantum, alter damnum ſentiret. *Imm.* Weber Diſſertat. de Societate leonum, Gieſſae 1713.

8) L. 14. und 70. D. pro Socio. Daß unzeitige Aufkündigung, (welche ſchon natürlich ungerecht iſt, Niemandem frei ſtehen könne, verſteht ſich von ſelbſt.

9) L. 12. D. *de precario.*

10) L. 139. D. de V. O. in den Worten: Agenti exceptionem doli mali obſtaturam, quia inhoneſtum viſum eſt, vinculo poenae matrimonia obſtringi. L. 71. §. 1. D. de condit. et demonſtr. L. 5. C. de ſponſal. L. 2. C. de inut. ſtipul. *Matth. Nic.* Braun de poena conuent. maxime in matrimonio, Jenae 1707. Hellfeld de effectu poenae conuent. ſponſal. adiectae, in Opuſc. N. 17.

möge deutlicher Vorſchriften des Römiſchen Rechts darüber einverſtanden, daß Nebenverträge, welche mit dem Weſen des Hauptgeſchäfts nicht überein⸗kommen, keine rechtliche Wirkung haben. Weil aber durch den Nebenvertrag die Hauptſache ſelbſt in einigen Fällen dergeſtalt verändert werden kann, daß ſie zu einer andern Art von rechtsgültigen Ge⸗ſchäften übergeht: ſo hat man geglaubt, das ganze Verhältniß der Sache nach dem Römiſchen Rechte in folgender Regel richtig darzuſtellen: Alle Ver⸗träge, welche den weſentlichen Merkmalen eines Ge⸗ſchäfts widerſprechen, ſind als **Nebenverträge** zwar nicht vollgültig; ſie beſtehen aber in ſo fern, als ſie an ſich einen andern rechtmäßigen Hauptcontract ausmachen. So zum Beiſpiele iſt das Verſprechen der Zinſen beim Darlehne nicht klagbar, weil es der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti nach Römiſchen Rechtsbegriffen zuwider iſt. Wenn hingegen das commodatum unter Bedingung eines Lohns geſchloſſen wird, ſo beſteht der Vertrag an ſich, und wird nun als Pacht⸗ oder Miethcontract behandelt, wenn gleich die Parteien ihrer Verabre⸗dung den Namen eines commodati beigelegt ha⸗ben [11]). Ganz allgemein ſcheint indeß dieſe Be⸗ſtimmung der Sache dem Römiſchen Rechtsſyſteme

11) Friese de pact. adiect. th. 12. 13. Langsdorff de pactis et contract. §. 178.

nicht gemäß zu ſein. Sonſt würde Celſus den Vertrag, daß ein precarium vor Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht ſollte wieder gefordert werden können — eine Modification, die zwar der Natur des precarii widerſpricht, wol aber den Handel zum commodato umſchafft — keinesweges als unwirkſam verworfen haben [12]). Andere Rechtslehrer ſind daher der Meinung, daß überhaupt in Anſehung der Nebenverträge, welche dem Weſen des Hauptgeſchäfts, wobei ſie vorkommen, zuwider ſind, keine ganz allgemeine Regel anzugeben, ſondern nur darauf zu ſehen ſei, was die Geſetze bei jeder einzelnen Art der Geſchäfte beſonders vorgeſchrieben haben [13]). Folgende Bemerkungen über die eigentliche

12) Und gleichwol ſagt er in cit. L. 12. D. *de precario:* Quum precario aliquid datur, si conuenit, ut in Calendas Julias possideat, numquid exceptione adiuuandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla *vis* est huius conuentionis, ut rem alienam inuito domino possidere liceat.

13) Voet commentar. ad Pandect. Tit. de pactis §. 5. verb.: Si pactum adiicitur ita, ut ipsam contractuum subuertat substantiam, generali non potest definitione tradi quid iuris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium, dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt. L. 31. D. de obligat. et actionib.; quandoque valente principali negotio irritum est et inutile pactum adiectum, veluti si id in deposito aut precario actum fuerit, ne intra certum tempus rem depositam, precarioue concessam

gentliche Bewandniß der Römiſchen Rechtstheorie von den Nebenverträgen werden die Sache vielleicht etwas mehr berichtigen, und uns zugleich den Weg bahnen, den heutigen Gebrauch deſto richtiger zu beurtheilen.

§. 82.

Fortſetzung.

Wie im Römiſchen Rechte ein für allemal der Grundſatz veſte ſteht, daß pacta nuda keine Klage hervorbringen, ſo iſt es auch von den Nebenverträgen ausgemacht, daß ſie nur als Acceſſorien des Hauptvertrags einen rechtlichen Beſtand behaupten. Sie können daher die Hauptverbindlichkeit zwar in mancher Hinſicht näher beſtimmen, aber ſie müſſen die Natur und den weſentlichen Zweck derſelben unverändert laſſen, oder ſie hören auf, wirkſam zu ſein, weil

sam repetere liceat; L. 1. §. 45. 46. D. Depositi; L. 12. D. de precario; quandoque ipsum immutatur principale negotium, sic ut ex vi pacti contra substantiam adiecti transeat in aliam negotii speciem, quod fit in emtione inita cum pacto de pretio non soluendo, argum. L. ult. D. pro donato, iunct. L. 36. et 38. D. de contrah. emt. vendit.; uti et in donatione mortis causa cum pacto ut nullo casu reuocetur; L. 27. D. de mortis causa donat. Auch *Gerard.* Noodt de pact. et transact. c. 19. bemerkt bei dieſer Gelegenheit: Non oportere nos, qui leges non ferimus sed interpretamur, ubique a simili ad simile procedere, sed quid in quoque negotio receptum, animaduertere.

weil ſie an ſich keinen eigenen Beſtand haben [1]). Hieraus ergiebt ſich 1) der Grund, warum die Nebenverträge den contractibus bonae fidei ſogleich angehängt werden mußten. Denn nur ſo lange das Hauptgeſchäfte noch nicht völlig abgeſchloſſen war, konnten die Nebenverträge als Theile deſſelben angeſehen werden; ſo lange war es Ein Handel, und mithin ließ ſich die Hauptklage mit auf das Nebenverſprechen extendiren. Was aber nach abgeſchloſſenem Hauptcontracte allererſt verabredet wurde, konnte nicht als Theil deſſelben mehr angeſehen, folglich auch die Hauptklage darauf nicht erſtreckt werden —; 2) Warum die Nebenverträge bei den Geſchäften stricti iuris gar nicht klagbar waren, ſie mochten ſogleich, oder in der Folge allererſt hinzugefügt ſein; denn die Hauptklage, deren weſentliches Fundament hier in der feierlichen Formel beſtand, war auf die ſimplen Nebenverträge gar nicht anwendlich [2]); 3) Warum bei allen rechtlichen Ge-

1) *Gerh.* Noodt de pactis et transactionibus Cap. XI. XII. *Joa. Volckm.* Bechmann de pactis adiectis, Jenae 1659. *Joa.* Pomeresch *de pactis adiectis*, Gryph. 1656. *Joh. Fernand. de* Retes de pactis adiectis; in Meermanni Thesaur. iur. Tom. VI. — Die beim vorigen §. angeführte Sammlung der Römiſchen Geſetze von Höpfner enthält beſonders auch über die pacta adiecta lehrreiche Erläuterungen.

2) *Cornel. van* Bynckershoeck Lib. Singul. ad L. 40.

Geſchäften die Nebenverträge keine Klage begründeten, welche mit dem Weſen der Hauptverbindlichkeit, ſo wie ſolches in den Geſetzen zum Grunde lag, nicht übereinkamen, obgleich die Geſetze in einigen Fällen geſtatteten, daß Nebenverträge, welche im Grunde einen andern Hauptcontract ausmachten, nach der Natur des Letztern behandelt werden ſollten. (§. 81. not. 13.)

§. 83.

Ueber den heutigen Gebrauch dieſer Römiſchen Geſetze.

Man iſt zwar ziemlich darüber einverſtanden, daß in unſern Gerichten die rechtliche Wirkung der Verträge von jenem Römiſchen Unterſchiede inter pacta nuda et contractus nicht abhängig ſei — daß die Römiſchen Grundſätze von genannten und ungenannten Contracten — von Geſchäften ſtricti iuris und bonae fidei ſowol überhaupt, als auch beſonders in Rückſicht auf Nebenverträge keine Anwendung leiden — daß es in der Wirkung gleichviel ſei, ob der Nebenvertrag gleich Anfangs mit dem Hauptgeſchäfte verbunden, oder in der Folge erſt geſchloſſen worden ſei [1]) —. Es wird daher auch nicht nöthig ſein,

40. D. de rebus creditis, und Diſſert. de pactis iuris ſtricti contractibus in continenti adiectis; in Opuſc. cum. praefat. *Conradi* Tom. I.

1) *Michael* Graſſus collat. iur. civil. rom. cum reces-

ſein, uns auf die abweichenden Meinungen einiger Rechtslehrer umſtändlich einzulaſſen, welche die Richtigkeit dieſer faſt durchgängig anerkannten Grundſätze zu beſtreiten, und zum Theil die bloßen Verträge — pacta nuda — im Gegenſatz der Contracte ſo zu erklären geſucht haben, daß ſie auch bei uns ſchon vermöge des Vernunftrechts keine Klage würden begründen können [2]); dahingegen Andere im neuern Römiſchen Rechte ſelbſt bereits eine gänzliche Abſchaffung der ältern Subtilitäten [3]), und wiederum

recessib. imper. German. etc. pag. 1009. hat zwiſchen den Nebenverträgen, die ſogleich dem Hauptgeſchäfte angehängt, und denen, die in der Folge erſt verabredet werden, auch nach heutigen Rechten noch verſchiedene Differenzen angegeben, die aber die gerichtliche Wirkſamkeit an ſich gar nicht treffen.

2) *Henr.* Bodini Vindiciae pactorum iuris romani ad demonstrandum nec hodie ex nudo pacto actionem competere. Halae 1696. Wäre ſeine Meinung, welche dahin geht, daß pacta nuda ſelbſt nach Römiſchen Rechtsbegriffen nichts anders andeuteten: als ſogenannte Tractaten oder auch Erklärungen und Zuſagen ohne Abſicht ſich wirklich zu verbinden, und Andern Rechte zu bewilligen, dem wahren Sinne der Römiſchen Geſetze gemäß, ſo hätte aus ſo unverbindlichen Aeußerungen nicht nur keine Klage, ſondern durchaus gar keine gerichtliche Wirkung Statt finden können; und doch konnten pacta nuda durch Einreden aller Art vor Gericht geltend gemacht werden.

3) Dieſe Meinung, von welcher *Jac.* Voorda Elector. cap. 21. nicht unrichtig bemerkt, quod stragem ea res per omnes ferme iuris Justinianei partes faceret

um Andere in der allgemeinen Reception des Römiſchen Rechts immer noch einen zureichenden Grund für deſſen Anwendbarkeit auch in dieſer Materie zu finden glauben [4]). Dieß alles iſt freilich in unſern Rechtsſyſtemen ſchon gründlich widerlegt. Aber darum glaube ich doch, daß die gewöhnliche Theorie vom heutigen Gebrauch des Römiſchen Rechts in der Lehre von Verträgen und Contracten in gewiſſem Betrachte nicht ganz vollſtändig, und wenigſtens die allgemeine Anweiſung, daß man in unſern Gerichten den Grundſätzen des Naturrechts folge, nicht genügend ſei. Ich bin nicht gemeint, dieſen Grundſatz von der Seite anzufechten, daß man neuerer Zeit wieder angefangen hat, die vollkommene Verbindlichkeit aus Verträgen ſelbſt nach dem Naturrechte zu beſtreiten [5]). Ich habe vielmehr im-

ret — ward beſonders vermöge L. 10. C. *de contrah. stipulat.* und §. 1. I. de Verbor. obligat. von Leyser Spec. 39. Med. 5. vertheidigt. Man ſehe auch *Francisc.* Hotmann ad §. 13. I. de inutilib. stiplat. Ueber den Ungrund derſelben iſt Voorda l. c. und Höpfner im theoret. pract. Commentar. §. 811. nachzuleſen.

4) v. Selchow elementa iur. german. §. 580.

5) Schmalz reines Naturrecht §. 104. ꝛc. Dieſer behauptet daher auch, daß die Römer in ihrer Geſetzgebung dem Naturrechte ganz getreu geblieben wären, indem bei ihnen Anfangs nur die Verträge gegolten hätten, vermöge welcher eine wirkliche Leiſtung, die allein nur ein vollkommenes Recht bewirken könnte, geſchehen wäre — genannte und ungenannte Realcon-

immer bei dem bisherigen Vortrag geglaubt, jene Verbindlichkeit an ſich als wahr und gewiß voraus= ſetzen zu dürfen, da es wol ſehr einleuchtend iſt, daß der Menſch durch ſeine Willenserklärung Andern Rechte ertheilen kann, daß derjenige, dem ein Ver= ſprechen geſchieht, durch Annehmung deſſelben dieſe Rechte zu den ſeinigen macht, und daß alſo der Pro= mittent, welcher ſein Verſprechen nicht erfüllt, das erworbene Recht des Andern verletzt, mithin ihn zur Anwendung rechtlicher Zwangsmittel berechtigt, ſo wie man gegen jeden Räuber und Betrüger zur ſchützenden Gewalt befugt iſt [6]) —. Darin ſcheint aber

contracte —; wonächſt die Nothwendigkeit veranlaßt hätte, die Conſenſualverträge zu ſanctioniren, für die übrigen Arten der Verträge aber gewiſſe Formeln zu beſtimmen, und endlich einige einzelne Arten der Verträge auch ohne den Gebrauch jener Formeln für verbindlich zu erklären — pacta non nuda — veſtita etc. Der conſequente Verfaſſer der Beiträge zur Berichtigung der Urtheile des Publicums über die Franzöſiſche Revolution iſt in ſeinen Behauptungen gegen die Verbindlichkeit der Verträge noch weiter gegangen. Man ſehe aber dagegen Ludw. Heinr. Jakob Philoſophiſche Rechtslehre §. 299, imgleichen Heydenreich Syſtem des Naturrechts 1ſten Theil, p. 287. §. 6. Maaß über Rechte und Verbindlich= keiten, Cap. 6. p. 66. ꝛc.

6) Nur von ſolchen Zuſagen und deren Annehmung kann natürlich hier die Rede ſein, wo ſowol der Gegenſtand des Verſprechens, als auch die Willenserklärung ſelbſt keinen hinreichenden Grund darbiethen, um die ernſt= liche

aber die gemeine Lehre den Vorwurf der Unvollſtändigkeit zu verdienen, daß man bei den einzelnen Vorſchriften dasjenige, was eigentlich nur Folge jener Römiſchen bei uns nicht anwendlichen Rechtstheorie iſt, nicht immer ſorgfältig genug von dem unterſchieden hat, was aus andern Gründen, die auch bei uns noch fortdauren, angeordnet worden iſt. Dieſer Mangel im Syſteme zeigt ſich beſonders in Anſehung der Nebenverträge, welche mit dem Weſen gewiſſer Hauptgeſchäfte, wobei ſie etwa vorkommen, nicht übereinſtimmen, und in Anſehung der darüber im Römiſchen Rechte enthaltenen Vorſchriften. Man hat es überhaupt, ſo viel ich weiß, bisher noch nicht der Mühe Werth gefunden, den heutigen Gebrauch dieſer Vorſchriften vollſtändig zu unterſuchen, daher es nicht undienlich ſein wird, die Sache etwas näher zu erwägen.

§. 84.

Fortſetzung.

Beruhet die Urſache der gerichtlichen Unwirkſamkeit ſolcher Verträge nach Römiſchen Rechten

Z bloß

liche Abſicht dem Andern Rechte zu übertragen, mithin ſich verbindlich zu machen, bei dem Verſprechenden nicht anzunehmen. Jakob l. c. §. 292. Die Einwürfe Schaumanns im wiſſenſchaftl. Naturrechte §. 360. ꝛc. führen nur dahin, daß nicht jede Zuſage und deren Annehmung ein vollkommenes Recht gebe, welches

bloß darauf, weil man ſie als Nebenverträge mit der Natur der Hauptſache nicht vereinbarlich fand, und daher die Klage aus dem Hauptgeſchäfte dabei nicht anwendlich war, oder durch ſolchen Nebenvertrag keine Abänderung leiden konnte, dieſer leztere aber **an ſich** als pactum nudum nicht wirkſam geachtet ward, ſo können wir ſicher ſchließen, daß heutiges Tages das Gegentheil eintreten muß; indem kein Grund vorhanden iſt, warum ein Vertrag, dem nichts weiter, als dieſe bloß Römiſchen Grundſäze, entgegen ſteht, bei uns nicht an und für ſich ſchon beſtehen, und in bürgerlichen Gerichten klagbar ſein ſollte. Es können daher nicht allein die verſprochenen Zinſen beim Darlehn, vermittelſt einer Klage, gefordert werden; ſondern es iſt auch die ſogenannte societas leonina heutiges Tages, wenn nicht als eigentlicher Geſellſchaftscontract, doch als Pactum allerdings im Wege Rechtens für gültig zu achten [1]), wenn nämlich in facto kein Zweifel Statt findet, daß man wirklich dieſe Ungleichheit gewollt habe, welches freilich in Ermangelung eines zulänglichen Beweiſes nicht vermuthet werden kann.

Eben

ches nicht zu leugnen iſt, daher auch **Heydenreich** l. c. eigentlich nicht mit dieſem Schriftſteller, ſondern mit denen, welche die Verbindlichkeit der Verträge überhaupt leugnen, zu ſtreiten gehabt hätte.

1) *Otto Lud. ab* Eichmann de pactis iure romano illicitis, iure naturali validis, Halae 1750. §. 18.

Eben dieß gilt ferner von der Verabredung, daß das Precatium vor Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht wiedergefordert werden ſolle, deren Wirkſamkeit man in unſern Gerichten ohne Grund beſtreiten würde. So war auch die Verwillkührung des Ehemannes, daß er die auf den Brautſchatz verwandten nothwendigen Koſten nicht wiederfordern, noch in Anrechnung bringen wolle, bloß darum unwirkſam, weil ſie mit der Natur des Heirathsguths und dieſer Koſten nicht übereinkam, mithin nach den Grundſätzen behandelt werden mußte, welche bei Verträgen dieſer Art überhaupt eintraten. Bei uns behauptet aber ein jeder Vertrag ſeine eigenthümliche verbindende Kraft, und folglich iſt nicht abzuſehen, warum das gedachte Verſprechen nicht heutiges Tages in Gerichten ſeinen Beſtand behalten ſollte [2]. Ein Gleiches gilt auch von der Conventionalſtrafe bei Verlobungen, obgleich von verſchiedenen Gelehrten behauptet wird, daß auch heutiges Tages nicht darauf geklagt werden könne [3]. Sie berufen ſich, um den Gebrauch des R. R. in dieſem Stücke zu rechtfertigen, vorzüglich darauf, daß in den päbſtlichen Decretalbriefen eben daſſelbe verordnet worden

2) *Joh.* Voet Comment. ad pandect. Lib. 23. Tit. 4. §. 19. sequ.

3) Beust de iure connub. P. I. C. 4. Braun cit. Diss. §. 15.

ſei [4]). Allein die Meinung Anderer, welche das Gegentheil vertheidigen [5]), verdient unſtreitig den Vorzug; nur nicht aus dem Grunde, den man gewöhnlich anführt, weil nachherige Verordnungen des Kaiſers Leo den Anhang einer ſolchen Strafe bei Verlobungen für gültig erklären [6]), und der Gerichtsgebrauch dieſes recipirt haben ſoll; ſondern eigentlich darum, weil das Römiſche Recht an ſich ſchon in dieſem Puncte bei uns keine Anwendung finden kann, welches folgende Bemerkung eines berühmten Rechtsgelehrten außer Zweifel ſetzet: Legum romanarum diſpoſitio, quod inhoneſtum ſit, vinculo poenae matrimonia obſtringi, ad noſtra applicari nequit fora, quia in germania ceſſat eius ratio, quae in nimia licentia matrimonia et ſponſalia diſſoluendi, eſt quaerenda. Inhoneſtum romanis videbatur, quod moribus maiorum publice adprobatis repugnabat. *Inde quoque diuortiorum repudiorumque licentiae, ab antiquis receptae temporibus ita fauebant, ut poenas conuentas huic licentiae contrarias proinde iudicarent inhoneſtas* [7]). Dergleichen können wir nach unſern Grundſätzen von den ehelichen Zuſagen und

4) Cap. 29. X. de ſponſal.

5) Beck de nouell. Leon. C. 2. §. 31. Berger Oecon. iur. Lib. 1. Tit. 3. §. 6. n. 4. u. a. m.

6) Nou. Leon 18. und 74.

7) Hellfeld de poena conuention. §. 31.

und deren verbindender Kraft, in keinem Betrachte anzunehmen, folglich iſt auch nicht nöthig, zur Rechtfertigung des Nichtgebrauchs jener Römiſchen Geſetze die beſondere Reception der Novellen des Kaiſers Leo, und einen derogirenden Gerichtsgebrauch herbei zu rufen. Die Stelle aus den Decretalbriefen der Päbſte entſcheidet hier nichts, weil ſie bloß von Verlobungen unmündiger Perſonen verordnet, daß die Freiheit, in der Folge davon abzugehen, durch keine Conventionalſtrafe weder der Verlobten ſelbſt, noch ihrer Eltern eingeſchränkt werden ſolle; indem jene, als Kinder, ſich gar nicht verbindlich machen können, dieſen aber das Recht fehlt, ihre Kinder zur Heirath zu zwingen, und ſolchergeſtalt die Gültigkeit der Conventionalſtrafe leicht üble Folgen veranlaſſen könnte.

§. 85.

Der heutige Gebrauch fällt nicht durchgängig weg.

In ſofern aber die gerichtliche Unwirkſamkeit erwähnter Nebenverträge nicht bloß die Folge der Römiſchen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen iſt, ſondern außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche bei uns nicht ſo ganz wegfallen, in ſofern können wir auch den Verordnungen des allgemein recipirten Römiſchen Rechts die heutige An-

wendung nicht verſagen. Wenn daher 1) die Entſagung des beneficii competentiae von Seiten des Ehemannes nach Römiſchen Rechten ohne rechtliche Wirkung iſt, ſo liegt der Grund offenbar darin, weil dieſe Entſagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des Perſönlichen Verhältniſſes der Parteien nicht aufhebt, und die Unbilligkeit in der ſtrengen Rechtsverfolgung nicht mindert, wogegen die Geſetze überhaupt das beneficium ertheilt haben, vielmehr von Seiten des Klägers nicht weniger hart ſein würde, wenn er von einer Entſagung Gebrauch machen wollte, wozu ſich der Ehemann wol nicht entſchloſſen hätte, wenn er nicht durch den Gedanken, daß er nicht leicht in ſolche Umſtände gerathen würde, um ſich des beneficii bedienen zu müſſen, dazu veranlaßt wäre. Der Grund, welcher für die Ertheilung jener Rechtswolthat redet, und eben ſo auch gegen die Entſagung Statt findet, iſt ſo allgemein und fortdaurend, daß an der heutigen Anwendung der gedachten Vorſchrift nicht füglich zu zweifeln ſein dürfte. 2) Die Verordnung des Römiſchen Rechts, betreffend den Vertrag, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bei nicht geleiſteter Zahlung gar nicht veräußern dürfe, behauptet ebenfalls bei uns ihre völlige Gültigkeit, weil ſie nur dazu dient, läſtige Folgen zu verhüten, welche das Unbeſtimmte und Schwankende dieſes Vertrages mit

ſich führt. Bezahlt muß der Gläubiger werden; eine Entſagung der Forderung ſelbſt liegt in jenem Verſprechen nicht; folglich wird am Ende doch aus dem Pfande die Befriedigung geſchehen müſſen, wenn der Schuldner ſie ſonſt nicht ſchaffen kann. Da indeſſen das allgemeine Verſprechen, die Pfandſtücke nicht veräußern zu wollen, zu allerhand Chikanen Gelegenheit geben kann, ſo iſt es ſehr heilſam, wenn die Geſetze beſtimmen, wie weit ſich eigentlich die Wirkung dieſes Verſprechens erſtrecken ſolle, wenn die Parteien bloß bei jenen allgemeinen Ausdrücken ſtehen geblieben ſind. Nur auf das unbeſtimmte Verſprechen, ne pignus vendatur, erſtreckt ſich indeſſen die geſetzliche Verordnung. So bald daher die hier eintretenden Umſtände genau und deutlich angegeben ſind, z. B. daß der Gläubiger bloß berechtigt ſein ſoll, das Pfandſtück zu haben, und zu genießen, bis der Schuldner es einlöſen würde, daß es dagegen lediglich von der Willkühr des Schuldners abhangen ſolle, ob und wann er die Schuld ſelbſt abtragen und das Pfand einlöſen wolle, ſo iſt eine ſolche Verabredung allerdings zu Recht beſtändig [1]). 3) Die Römiſchen Geſetze, welche die Trennung der Geſellſchaften und Gemeinheiten dergeſtalt begünſtigen, daß nicht nur jeder Intereſſent eigenwillig die

1) Faber Error. Pragmat. Dec. 9. Error. 7. Weſtphal vom Pfandrechte, §. 204.

Societät und Gemeinheit aufkündigen könne, ſondern daß auch ſelbſt das gegenſeitige Verſprechen, beſtändig in der Societät oder Gemeinſchaft zu bleiben, von keiner Wirkung ſein ſolle, dieſe Verordnungen ſind ſehr gerecht. Der Menſch verſpricht ſich gern von der Zukunft mehr, als ſie ihm gewährt, und wird er in ſeinen Hoffnungen betrogen, ſo darf man wol nicht erwarten, daß er ſich ſelbſt als die Urſache davon anklagen werde, ſondern ſein Geſellſchafter iſt gemeiniglich der Gegenſtand ſeiner Unzufriedenheit. Daher die richtige Bemerkung: communio est mater rixarum; und da es billig iſt, einem ſolchen unaufhörlichen Anlaß zu Zänkereien möglichſt vorzubeugen, ſo erſcheint die Römiſche Legislation in dieſem Stücke durch Gründe unterſtützt, welche den heutigen Gebrauch von ſelbſt rechtfertigen.

§. 86.

Zweite Claſſe, enthaltend diejenigen Fälle, wo das perſönliche Verhältniß der Parteien überhaupt, und beſonders in ihrer gegenſeitigen Beziehung, eine gerichtliche Unwirkſamkeit natürlicher Verbindlichkeiten veranlaßt hat.

Das Römiſche Recht enthält in dieſer Hinſicht wiederum mancherlei Einſchränkungen, von denen einige zwar in unſern Gerichten gänzlich wegfallen,

andere

andere hingegen allerdings noch ihre Anwendung finden. Die einzelnen Gegenſtände ſind folgende: 1) **Die Verbindlichkeit der Knechte**, von denen im Allgemeinen die Regel galt: in ſeruilem perſonam nulla cadit obligatio [1]), in ſofern nämlich von bürgerlich vollgültigen Verbindlichkeiten die Rede war, oder, wie **Ulpian** es erläutert: Seruus iuris ciuilis communionem non habet in totum, ne praetoris quidem edicti; — unde ex contractibus serui *ciuiliter* quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant [2]). Dieſe natürliche Verbindlichkeit war, ſo lange die Knechtſchaft fortdauerte, durchaus ohne allen Effect [3]), die Fälle abgerechnet, wo entweder der Handel das Peculium bezielte, oder die Noxalklage gegen den Herrn eintrat. Nach erfolgter Manumiſſion konnte der Freigelaſſene wegen Verbrechen, die er als Knecht gegen andere, nicht gegen ſeinen Herrn, begangen hatte, ſogar belangt werden [4]). Aus Verträgen hingegen, die er während der Knechtſchaft geſchloſſen hatte, fand auch nach geſchehener Manumiſſion keine Klage Statt [5]), obgleich nunmehr das Conſtitutum, die No-

1) L. 22. 32. 209. *de Reg. iur.*

2) L. 20. §. 1. *qui test. fac.* L. 14. D. de O. et. A.

3) L. 14. L. 43. de O et A. L. 19. 20. *de fideiuss.*

4) L. 4. C. *an Seruus pro suo facto.* Vinnius ad §. 5. I. de noxal. act.

5) L. 1. 2. 5. *an Seruus pro suo facto.* Donell ad L. 3. C. eod.

Novation, Verpfändung und Bürgſchaft mit völliger Wirkung eintreten konnten, und die aus Irrthum geſchehene Zahlung wegen der natürlichen Verbindlichkeit nicht zurückgefordert werden durfte [6]), ohne Unterſchied, ob der Knecht mit ſeinem Herrn, oder mit einem Andern contrahirt hatte [7]). Von allen dieſen Vorſchriften des Römiſchen Rechts iſt freilich bei uns kein weiterer Gebrauch zu machen, weil unſere Leibeigenen nicht ſo, wie die Römiſchen Sclaven, aller Rechte und Verbindlichkeiten im bürgerlichen Verſtande unfähig ſind, folglich Verträge und andere Rechtsgeſchäfte derſelben der Regel nach völlige gerichtliche Wirkung behaupten [8]). Was man gewöhnlich hinzufügt, daß die Rechte des Herrn durch keine Diſpoſition des Leibeigenen geſchmälert werden dürfen, gehört gar nicht hieher, weil in ſolchem Fall das Unternehmen ſchon nach dem Naturrecht ungültig iſt.

§. 87.

Fortſetzung.

2) **Die natürliche Verbindlichkeit ſolcher Perſonen, die der väterlichen Gewalt noch unterworfen ſind;** — Obgleich die ältere Verfaſ-

6) Schulting de obl. natur. Cap. 8.

7) §. 1. I. L. 56. §. 2. L. 70. §. 3. D. *de fideiuss.* L. 64. *de cond. ind.* Schulting c. l.

8) Stryck caut. contr. S. 1. c. 2. §. 27. Mevius vom Zuſtand und Abſ. der Bauren, 1. 35.

faſſung der Römiſchen väterlichen Gewalt durch neuere Verordnungen ſehr eingeſchränkt ward: ſo blieb man doch bei dem Grundſatze, daß wegen Einheit der Perſon zwiſchen dem Vater und den Kindern, die noch unter ſeiner Gewalt ſtehen, keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit Statt finden könne. Es iſt daher eine bloß natürliche Verbindlichkeit im ſtrengen Verſtande; welche nach Römiſchen Rechten a) zwiſchen dem Vater und ſeinen Kindern, b) unter den letztern ſelbſt eintreten kann, und es gilt davon, in Rückſicht auf gerichtliche Wirkung, eben daſſelbe, was wir ſo eben von den Knechten angeführt haben [1]). Andern Perſonen hingegen kann der Filius Familias nach Römiſchen Rechten ſich dergeſtalt gültig verbinden, daß ſchon während der väterlichen Gewalt gegen ihn ſelbſt, wenn er nemlich ein Peculium beſitzt, bisweilen auch gegen den Vater eine Klage Statt findet [2]). Nur einen Fall ausgenommen, wovon in folgendem §. mit mehrern.

§. 88.

1) Schulting c. l. c. 9. Hieher gehört vorzüglich die bekannte Stelle aus den Schriften des Africanus L. 38. D. *de cond. ind.*, welche ſo viele Ausleger von Zeit zu Zeit beſchäftigt hat. Statt einer Menge, die ich anführen könnte, mag es genügen, den beſten zu nennen: *Jac.* Cuiacius *ad African.* Tract. IX. in Oper. omn. Tom. I. p. m. 1552.

2) L. 39. D. de O. et A. L. ult. §. 2. D. de V. O. L. 18. D. *de castrensi pecul.* L. 6. et ult. C. *de bon. qu. lib.* §. 4. I. L. 2. D. *quod cum eo qui in al. pot.*

§. 88.
Fortſetzung.

3) Insbeſondere die aus einer Geldanleihe herrührende natürliche Verbindlichkeit ſolcher Perſonen, welche noch unter der väterlichen Gewalt ſtehen; Denn bekanntlich findet wegen dieſer Verbindlichkeit weder während der väterlichen Gewalt, noch nach deren Aufhebung, weder gegen den Vater noch gegen den Sohn, eine Klage Statt. Einige glauben zwar in dem Senat. Cons. Mac. ein verbietendes Geſetz anzutreffen [1]). Allein dieß iſt ungegründet. Die Geſetze wollen nur, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dediſset, actio petitioque daretur [2]). Wenn daher gleich an einer andern Stelle [3]) geſagt wird: Senatusconſultum *prohibuit* mutuas pecunias dare eis, qui in poteſtate parentis ſunt; ſo zeigt doch einestheils der gleich darauf folgende Zuſatz: et ei qui credidit, denegatur actio, wohin der Sinn eigentlich geht, und anderntheils kann eine bloße propoſitio enunciatiua, wie jene Stelle doch iſt, uns keine Un-

1) Claprotr iurisprud. heurem. §. 172.

2) L. 1. D. *de Senat. cons. Maced.* Das Geſchichtliche dieſes Geſetzes betreffend, iſt vorzüglich nachzuleſen *A. G.* Crameri Diuus Veſpaſianus; s. de vita et legislatione Veſpaſiani imp. commentatio, Jenae 1785.

3) §. 7. I. *Quod cum eo, qui in al. pot.*

Unrichtigkeit aufdringen [4]), da vielmehr die Geſetze ſelbſt hin und wieder die aus einer ſolchen Anleihe vorhandene natürliche Verbindlichkeit anerkannt, und dem Gläubiger nachgelaſſen haben, ſolche nur nicht durch gerichtliche Klagen, wol aber durch das Zurückbehaltungsrecht, durch Compenſation und überhaupt vertheidigungsweiſe gericht- und außergerichtlich geltend zu machen [5]); wobei ich doch, was beſonders die unſtatthafte Zurückforderung des Gezahlten, imgleichen die Einrede der Compenſation anbetrifft, auf die im 2ten Cap. des folgenden Abſchnitts vorgetragenen Grundſätze verweiſe, welche auch auf den gegenwärtigen Gegenſtand ihre Anwendung finden. Fragt man nach dem heutigen Gebrauch obiger Vorſchriften des Römiſchen Rechts, ſo iſt ſolcher zwar in Hinſicht des Macedonianiſchen Rathſchluſſes keinem Zweifel unterworfen, wegen der übrigen Fälle aber, deren im vorigen §. erwähnt worden iſt, ſind die Meinungen der Rechtsgelehrten ſehr getheilt. Da indeſſen der Grundſatz, worauf dort alles beruhet, daß nämlich Kinder, die der Vater noch in ſeiner Gewalt hat, in allen Fällen innerhalb der Familie

4) Walch Controu. iur. Sect. I. Cap. 2. membr. 2. §. 16. ed. 3. §. 18.

5) L. 10. D. ad S. c. Mac. uerb.: Quia naturalis obligatio manet — L. 6. D. *de compensat.* Etiam quod natura debetur venit. in compensationem.

milie nicht als Perſonen angeſehen wurden [6]), folglich keiner bürgerlich vollgültigen Rechte und Verbindlichkeiten fähig waren, heutiges Tages nicht mehr Statt findet [7]), ſo kann ich auch denen nicht beipflichten, welche dennoch behaupten, daß auch noch bei uns der Vater mit ſeinen Kindern, die noch unter ſeiner Gewalt ſtehen, keine gültigen Verträge ſchlieſſen könne [8]). Denn obgleich das Römiſche Recht als ein ſubſidiariſches Geſetzbuch der Regel nach eine gültige Richtſchnur abgiebt, um vorkommende Fälle darnach zu beſtimmen, ſo kann es doch in ſolchen Vorſchriften, deren weſentlicher Grund bei uns gänzlich wegfällt, nicht füglich zur Anwendung kommen, weshalb denn auch nicht wenige Rechtslehrer das Gegentheil zu behaupten, und die vollgültige Rechtskraft ſolcher Verträge in unſern Gerichten zu vertheidigen, kein Bedenken finden [9]). Ein gleiches gilt auch aus

eben

6) Gaius Lib. 1. Instit. Tit. 6. §. 3.

7) A. F. Riuinus de figmento fictionis unitatis inter patrem et filium.

8) Wernher S. 5. Obs. 189. Leyser Spec. 21. Med. 5. Heimburg Diss. Difficillima emancipat. capita §. 55. 56. 57. Rentz Dissert. Mixtura iur. rom. et germ. in mat. patr. potest. 1. 2. 26. Hoepfner theoret. prakt. Comment. §. 736.

9) Thomasius Diss. de usu pract. Tit. Inst. de patr. potest. C. 2. §. 9. Berger Oecon. iur. Lib. 1. Tit. 3. th. 16. *Gottl. Gerh.* Titius de contract. patris et liberor. in eius potest. exist. Lips. 1713. §. 59.

eben der angeführten Urſache von den Verträgen, welche dergleichen Kinder nicht mit dem Vater, ſondern unter ſich eingehen; in ſofern nämlich, wie von ſelbſt vorausgeſetzt wird, den väterlichen Rechten dadurch kein Eintracht geſchiehet.

§. 89. a.

Fortſetzung.

Endlich gab auch das bürgerliche Verhältniß der Contrahenten vorzüglich Gelegenheit, daß nach Römiſchen Rechten 4) **die gerichtliche Wirkung der Verträge, welche in Anſehung eines Dritten geſchloſſen werden, ſehr eingeſchränkt iſt.** Die Römer hatten von den Rechten und Vorzügen eines freien Menſchen eben ſo hohe Begriffe, als nichtswürdig und verworfen in ihren Augen die Knechte waren. Von den letztern wiſſen wir, daß ſie nichts eigenes haben, noch für ſich erwerben konnten, ſondern daß durch ſie aller Erwerb lediglich für ihren Herrn geſchah. Dieß ward aber auch dergeſtalt als unzertrennliche Folge der Knechtſchaft angeſehen, daß es faſt unmöglich ſchien, in irgend einem Betrachte unter freien Menſchen ähnliche Wirkungen anzunehmen, und ſo ward freilich aus übertrie-

§. 59. **Struben** rechtl. Bedenken, Th. 2. Seite 254. Hellfeld iurispr. forens. §. 138. **Weſtphal** teutſches und reichsſtändiſches Privatrecht, Th. 2. S. 95. **Fiſcher** Lehrbegriff der Kameral- und Polizeirechte, Th. 1. §. 163.

triebener Subtilität, in dem Römiſchen Rechtsſy-ſteme der Grundſatz herrſchend, daß Niemand durch einen freien Menſchen Rechte erwerben, noch weni-ger durch ihn zu irgend etwas verbindlich werden könne [1]. Die Verträge und Stipulationen, hieß es ferner, haben eigentlich nur den Zweck, daß Jeder dadurch ſein eigen Beßtes befördern möge [2]. Die For-malität der Stipulation, wobei man bloß an Worte klebte, und auf deren Feierlichkeit die ganze Rechts-wirkung beſchränkte, kam noch beſonders hinzu; ein Dritter, welcher zur feierlichen Handlung ſelbſt nicht mit concurirt hatte, konnte daraus weder klagen noch belangt werden. Dieſe Grundſätze ſind es, welche zumal in den ältern Römiſchen Rechten manche zum Theil ganz vernunftwidrige Folgen erzeugten, z. B. daß ſogar derjenige, welcher zur Schließung eines Vertrages in ſeinem Nahmen Auftrag ertheilt hatte, dennoch weder Rechte noch Verbindlichkeiten daraus erlangte [3]; und ob man gleich in der Folge bei ein-zelnen Gegenſtänden von der übertriebenen Subtili-tät des ältern Rechts wieder abgewichen, und den Vorſchriften der Vernunft näher getreten iſt [4], ſo haben

1) L. 78. §. 4. de reg. iur. L. 11. de obl. et act. L. 126. §. 1. de verb. obl. L. 1. C. per quas person.
2) L. 38. §. 17. de V. O. §. 18. I. de inutil. stipul.
3) Boehmer de iure ex pacto tertii quaesito, Cap. 1. §. 10. bis 15. incl.
4) Ebenderſelbe a. a. O.

haben ſich doch im Ganzen jene ältern Grundſätze durch alle Epochen des R. R. als Regel erhalten. Wenn daher auch in Beſtimmung der Einen Frage: ob und in wie fern Jemand aus Verträgen Anderer verpflichtet werden könne? am Ende die Grundſätze des Vernunſtrechts faſt gänzlich vorgedrungen ſind, wie die ſogenannten actiones adjectitiae qualitatis mit mehrerm ergeben, ſo verhält ſich die Sache doch ganz anders wenn in gewiſſen Verträgen zum Beßten eines Dritten etwas verſprochen wird, und daher die Frage entſteht, ob dieſer aus ſolchen Verträgen Rechte erlangen könne? Hat er zur Eingehung des Handels Auftrag ertheilt, oder iſt der Contract von einer Perſon, die zum Betrieb ſeiner Angelegenheiten überhaupt beſtellet war, geſchloſſen, ſo ſteht ihm freilich nach neuern Römiſchen Rechten eine nützliche Klage zu, ohne daß er ſich den Weitläuftigkeiten der Ceſſion unterziehen dürfte [5]). Allein der Fall, da Jemand zum Beſten eines Dritten etwas verſprochen hat, ohne daß ſein Mitcontrahent bevollmächtigt war, im Nahmen des Dritten zu contrahiren, wird in dem neuern Römiſchen Rechte immer noch in Gemäßheit der ältern Grundſätze dahin beſtimmt, daß es vor allen Dingen darauf ankomme, ob derjenige, dem das Verſprechen

 wirklich

5) L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr. L. 16. D. de pactis.

wirklich geſchehen iſt, ein Intereſſe bei der Erfül- lung habe oder nicht? Im letztern Falle bleibt die Sache gänzlich ohne rechtlichen Effect [6]). Im er- ſtern Falle aber, weil der Promiſſarius ſelbſt auf die Erfüllung dringen, folglich ſeine Klage dem Dritten abtreten kann, iſt, ohne dieſe Ceſſion als nothwendig zu erfordern, dem Dritten die actio utilis geſtattet worden [7]). Es liegt alſo, wie man deutlich ſiehet, auch in den neuern Römiſchen Ver- ordnungen immer noch die Idee des ältern Rechts zum Grunde, daß aus Verträgen, die zum Beßten eines Dritten geſchloſſen worden, es ſei Kraft vor- handenen Auftrages oder nicht, eigentlich nur derje- nige, welcher ſelbſt contrahirt hat, ein Recht er- halte, und daß dieſes Recht von ihm allererſt auf den Dritten abgeleitet werden müſſe; obgleich, um ſolches zu bewirken, die feierliche Ceſſion nicht mehr erfordert wird, ſondern der Dritte ſofort mittelſt der ihm geſtatteten nützlichen Klage in die Stelle des eigentlichen Contrahenten treten darf. Daß nun dieſe Grundſätze in unſern Gerichten außer Anwen- dung ſind, wird faſt durchgängig behauptet, ob- gleich

6) Si contrahentis nil interest, nec sibi ius agendi adquirit, nec tertio, quia huic *utilis* demum com- petit actio, si paciscens ipse ius, quod cedere pos- sit, adquisiuit. Boehmer c. l. Cap. I. §. 24. n. 2.

7) L. pen. C. ad exhib. L. 3. 4. C. si cert. pet. L. 37. §. 3. D. de Legat. 3. L. 26. pr. D. Depos.

gleich hin und wieder aus Gründen, die nichts weniger als befriedigend ſind. Einige [8]) wollen ſchon aus dem neuern Römiſchen Rechte den Satz beweiſen, daß überhaupt ein Dritter ſodann aus Verträgen Anderer klagen könne, wenn er einen Vertrag vor ſich hat, welchen Jemand zu ſeinem Beßten mit dem Beklagten getroffen, und vor ſeiner, des Klägers, Genehmigung nicht wieder aufgehoben hat; ohne darauf zu ſehen, ob der eigentliche Contrahent für ſich einen Nutzen und Intereſſe aus dem Handel habe, oder nicht. Sie berufen ſich auf L. 5. §. 9. D. *de conſtituta pecunia* und L. 3. C. *de Donat. quae ſub modo.* Allein das erſtere Geſetz, welches dahin lautet: Si actori municipum, vel tutori, vel curatori furioſi, vel adoleſcentis ita conſtituatur, municipibus ſolui, vel pupillo, vel furioſo; utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioſo, vel adoleſcenti utilem actionem, handelt von Perſonen, die Kraft ihres Amts ſchon vollkommen verbunden ſind, das Beßte eines Andern zu beſorgen, die folglich wegen ihrer eigenen Obliegenheit ein Intereſſe bei dem Handel haben, und mithin beweiſet dieſe Stelle gar nichts. Die Worte des zweiten Geſetzes: Quoties donatio ita conficitur, ut poſt tempus id, quod donatum eſt, alii reſtitua-

 tur,

8) Struben rechtliche Bedenken, Th. 3. n. 11. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden, §. 703.

tur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, ſtipulatus non ſit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictitiae actionis perſecutionem competere; ſed quum poſtea benigna iuris interpretatione diui principes ei, qui ſtipulatus non ſit, utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiſerint, actio, quae ſorori tuae, ſi in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur, enthalten wiederum einen Fall, wo der eigentliche Contrahent beſonders dabei intereſſirt war, daß dem Dritten das Verſprechen geleiſtet würde, weil er ſelbſt zu dieſem Zweck aus ſeinem Vermögen etwas weggegeben, folglich, wenn der Modus nicht erfüllet ward, allerdings ein Recht hatte, das Seinige zurückzufordern. Aus dieſem Grunde wird auch dem Dritten die Klage, welche eigentlich dem Schenker zuſtehen würde, utiliter geſtattet: actio, quae ſorori tuae, ſi in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. Wir finden auch ſelbſt in den Inſtitutionen des Kaiſers Juſtinian [9]) die Regel: Alteri ſtipulari nemo poteſt, ſed ſi quis ſtipuletur alii, *quum eius intereſſet*, placuit ſtipulationem valere. Andere ſetzen den Grund jener Behauptung in einigen Vorſchriften des kanoniſchen

9) §. 19. 20. I. de inutil. ſtipul.

ſchen Rechts [10]), die aber den Punct keinesweges im allgemeinen und ſo beſtimmt entſcheiden, daß nicht noch wichtige Zweifel übrig bleiben ſollten; noch Andere nehmen bloß zu dem Gerichtsgebrauche und der Praxis ihre Zuflucht, ohne ſich um weitere Gründe zu bekümmern [11]). Bei dieſer Verſchiedenheit fehlt es denn auch nicht an Rechtsgelehrten, welche wirklich der Meinung geblieben ſind, daß noch heutiges Tages den erwähnten Grundſätzen des Römiſchen Rechts nachzugehen ſei [12]). Unſtreitig würde man aber eher zum Ziele kommen, wenn man die Unanwendlichkeit der Römiſchen Geſetze gradezu daraus ableitete, weil die Gründe dieſer Geſetze bei uns nicht Statt finden, vorzüglich aber, weil das Hauptprincipium, worauf die ganze Legislation in dieſer Materie ſich ſtützet, **daß man nämlich durch einen freien Menſchen kein Recht erwerben könne**, bloß der Römiſchen Verfaſſung und Form der Verträge eigen iſt, an ſich aber keinen vernünftigen Grund hat, und daher auch in Deutſchland nie angenommen worden iſt. Es wird daher weder eine förmliche Ceſſion, noch der Umweg der ſogenannten nützlichen Klagen erfordert, um dem Dritten, zu deſſen

10) Alphons. de Olea de cession. Tit. 4. Qu. 9. n. 34. Cap. 17. X. de praeb. in 6to. verglichen mit Cap. 2. de usur. in 6to.

11) Mevius p. 4. Decis. 112. n. 4. 5.

12) Harprecht Cons. 30. n. 344.

Beßten der Vertrag geſchloſſen iſt, ein Recht daraus beizulegen, ſobald die Natur der Sache ihn ſchon als den eigentlich Berechtigten darſtellt, z. B. wenn der Vertrag in ſeinem Nahmen, vermöge ſeines Auftrags, oder ſonſt von Perſonen, die ihn rechtlich vorſtellten, geſchloſſen worden. Aber auch außer dieſen Fällen, und ſelbſt da, wo der eigentliche Contrahent, dem für einen Dritten etwas verſprochen ward, kein beſonderes rechtliches Intereſſe bei der Sache hatte, wird doch wenigſtens unter den Parteien ſelbſt, welche den Vertrag ſchließen, ein vollkommenes Recht durch ihn gewirkt, welches daher in der Folge allerdings durch die Abtretung auf den Dritten gebracht werden kann [13].

Genau erwogen dürfte auch

5) **Die Schenkung unter Eheleuten** am ſchicklichſten in dieſe Claſſe zu rechnen ſein, da eben das perſönliche Verhältniß der Parteien und ihre Verbindung den Grund der poſitiven Verordnung enthält [14]. Anfangs gehörte dieſe Schenkung unſtreitig zu den durchaus ungültigen Rechtsgeſchäften [15]. Nach neuern Geſetzen iſt dem Handel

13) WERNHER p. 1. Obs. 182. LEYSER Spec. 519. Med. 4. STRYCK Usu Modern Lib. 2. tit. 14. §. 12. PUFENDORF Tom. 2. Obseru. 38. §. 20. *Fratr.* BECMANNORUM Cons. et Decis. Tom. 1. Respons. 5. p. 89. sequ.

14) L. 1. 2. 3. D. *de donat. inter vir. et uxor.*

15) L. 3. §. 10. *ibid.* ipso iure nil valeat.

del zwar die rechtliche Wirkung in ſo fern verſagt worden, daß keine Klage gegen den Schenker Statt findet, vielmehr dieſem für ſeine Perſon die Befugniß bleibt, den ganzen Handel zu wiederrufen, und das Gegebene zurückzufordern [16]). Allein dieſe Einſchränkungen abgerechnet, iſt das Geſchäft an ſich als gültig anzuſehen [17]), beſonders aber weder von den Erben des Schenkers, wenn dieſer ſelbſt ſeine Freigebigkeit nicht wiederrufen hat, noch ſonſt von einem Dritten als ungültig anzufechten [18]).

 Das

16) L. 32. *ibid.*

17) cit. L. 32. §. 1. verb.: oratio imperatoris noſtri de confirmandis donationibus pertinet ad omnes donationes inter virum et uxorum factas, ut et ipſo iure res fiant eius cui donatae sunt, et obligatio ſit ciuilis —.

18) *God. Lud.* Mencken Diſs. de donationibus inter virum et uxorem non ipſo iure nullis; in Opuſcul. Eiusd. p. 581. etc. Darüber ſind indeß die Rechtsgelehrten ſehr uneinig, ob der Erbe nur ſchuldig ſei, die ſchon geleiſtete Schenkung gelten zu laſſen, oder ob auch eine Klage wider ihn Statt finde, um das verſprochne und nicht wiederrufene Geſchenk zu entrichten. L. 23. D. de donat. inter vir. et uxor. verwirft dieſe Klage. Hingegen L. 33. ibid. ordnet das Gegentheil. Juſtinian entſchied den Streit für die Zuläſſigkeit der Klage. Nou. 162. Cap. 1. Dieſe Novelle iſt zwar nicht gloſſirt; allein was der Kaiſer darin vorſchreibt, iſt ſeinen bekannten Verordnungen von der Schenkung völlig conſequent; er ſelbſt bezieht ſich auch auf dieſe Conſtitutionen, und nimmt den Grund ſeiner jetzigen Entſcheidung daraus her. In ſol-

Das Canoniſche Recht ſtimmt in der Hauptſache mit dem Römiſchen überein [19]), und es iſt daher die Anwendlichkeit in unſern Gerichten deſto weniger zu bezweifeln [20]).

§. 89. *b.*

III. Einſchränkung des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten, aus billiger Nachſicht gegen den Schuldner.

Hieher gehören vorzüglich die Verordnungen des bürgerlichen Rechts, wonach einem Schuldner zur Befriedigung ſeines Gläubigers durch richterliche Hülfe nicht mehr genommen werden darf, als es der ſtandesmäßig nothwendige Unterhalt deſſelben zuläßt, d. i. das ſogenannte beneficium competentiae. Die einzelnen Fälle, worin es Statt findet, ſind bereits in

ſolchem Betrachte dürfte auch in unſern Gerichten die Klage nicht füglich zu verwerfen ſein. Man ſehe indeß über die angeführte Controverſe *Arn.* Vinnius select. Quaest. II. 15. Bynckershoeck obseru. V. 18 —. *Ant.* Faber Coniectur. II. 8. Duaren ad Tit. Dig. de donat. inter vir. et uxor. *Ger.* Noodt ibid. *Joh.* Voet Comment. ad Pandectas, d. t. n. 5. u. a. m. Hofacker princip. iur. Rom. Germ. §. 473.

19) Cap. 8. X. *de donat. inter vir. et uxor.*

20) Es verſteht ſich von ſelbſt, inſofern nicht beſondere Deutſche Rechte dagegen vorhanden ſind. J. H. Boehmer de statu donationum inter virum et uxorem antiquo et hodierno; in Eiusd. Exercitat. ad Pand. Tom. IV.

in beſondern Abhandlungen vollſtändig aufgezählt [1]). Mir genügt es daher, dieſer Materie in dem Syſteme der Jurisprudenz den Platz anzuweiſen, wohin ſie eigentlich gehört, wenn man ſie gründlich behandeln, und richtige allgemeine Grundſätze davon vortragen will. Daß in den hieher gehörenden Fällen durchgängig eine natürliche in Anſehung der gerichtlichen Wirkung eingeſchränkte Verbindlichkeit obwalte, fällt in die Augen. Allein daß diejenigen, welche unſere Litteratur mit Lehrbüchern und Syſtemen der Rechtsgelahrtheit bereichert haben, dieß gehörig beobachtet, und unſern Gegenſtand ſo rangirt hätten, um den wahren Geſichtspunkt genau zu treffen, daran fehlt ſehr viel. Denn man pflegt ſtatt deſſen nur gelegentlich, wenn etwa eine Materie vorkommt, in welcher dem Schuldner obige Rechtswolthat beigelegt iſt, einen Begriff im Ganzen davon anzugeben, und ſodann einige andere Fälle, wo dergleichen ebenfalls Statt findet, hinzuzufügen, die dann der Lehrer mündlich mit einer Anzahl ähnlicher Fälle verſtärkt, um durch beliebte Zuſätze dem Gedächtniſſe ſeiner Zuhörer noch mehr Nahrung zu verſchaffen. An eine gehörige allgemeine Theorie von der Sache iſt gar nicht zu denken, und da, wo die Materie ihren eigentlichen Sitz

 hat,

1) L. 173. D. de reg. iur. L. 30. D. de re iud. *Joh. Aug.* HELLFELD Diss. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure.

hat, bei der Lehre von Einſchränkungen des gerichtli-
chen Effects natürlicher Verbindlichkeiten, wird der-
ſelben gar nicht erwähnt. Wenn man aber von die-
ſem Standpunkte ausgehet, ſo ergeben ſich aus dem
Grundſatze, daß gedachte Einſchränkung aufs ſtrengſte
zu erklären iſt, die Folgerungen von ſelbſt, daß dieſe
Ausflucht nur ſolchen Perſonen, und zwar in ſolchen
Fällen zu Statten kommt, welche die Geſetze aus-
drücklich genannt haben, folglich weder von den Er-
ben des Schuldners, noch von andern Perſonen, noch
in andern Fällen, als der Buchſtabe des Geſetzes
mit ſich bringt, davon ein Gebrauch zu machen iſt [2])
— daß der Schuldner, dem hier nur eine **Einrede**
zukommt, keinesweges dadurch berechtigt wird, das
Bezahlte zurückzufordern [3]), — daß dieſe Ausflucht
dem Kläger nicht entgegen ſteht, der nicht ſowol aus
den Gütern des Schuldners ſeine Befriedigung ſucht,
als vielmehr ſein Eigenthum vindicirt, weil die Ge-
ſetze nur wollen, daß dem Schuldner aus dem Sei-
nigen nicht mehr genommen werde, als es ſein ſtan-
desmäßig nothwendiger Unterhalt zuläßt [4]); daß bei
Beſtimmung des nothwendigen Unterhalts auf die
ſtan-

2) L. 24. §. 1. L. 25. D. de re iud. Hellfeld c. l. §. 8.

3) Cramer *Obseruat. iur. uniuersi*, T. III. Obs. 896. L. 9. D. de cond. ind.

4) *Hugo* Donellus Comment. iur. ciuil. Lib. 14. cap. 7. in fine. Boehmer de act. Sect. 2. c. 7. §. 16.

ſtandesmäßigen Bedürfniſſe des Schuldners und ſeiner Familie, jedoch nur in ſo fern, als er ſolche zu ernähren ſchuldig iſt, Rückſicht genommen werden muß [5]), u. d. m.

Sechſter Abſchnitt.

Erſtes Kapitel.

Von den Vorſchriften des Civilrechts, wodurch der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird.

---

§. 90.

Gründe dieſer bürgerlichen Anordnung.

Urſachen, welche nach dem Naturrechte an ſich den Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit nicht befreien, noch die Befugniß des Gläubigers einſchränken würden, können gleichwol einen bürgerlichen Geſetzgeber in manchen Fällen veranlaſſen, dergleichen Aufhebung oder Einſchränkung zu verordnen. Es ergiebt ſich aus den beſondern Merkmalen der einzelnen Rechtsmaterien, welche hieher gehören, vorzüglich ein vierfacher Grund der bürgerlichen Legislation, wonach ſich die beſondern Fälle am bequemſten ordnen, und die weitern

5) Hellfeld c. l. §. 2 — 4.

tern Verhältniſſe deutlich entwickeln laſſen. Eine wirklich vorhandene, und bisher völlig klagbare Verbindlichkeit kann ihre Wirkung in der Folge wiederum verlieren: I. **Weil der Gläubiger die zur gerichtlichen Verfolgung ſeines Rechts beſtimmte Zeit verſäumt hat.** Dahin gehört 1) die Verjährung der Klagen überhaupt [1]), 2) die Praecluſion, vorzüglich bei entſtandenem Concurſe der Gläubiger [2]). II. **Zur Strafe des Gläubigers wegen Uebertretung verbietender, oder gebietender Geſetze.** Wir finden dieſes in folgenden Fällen: 1) wenn ein Schuldner oder Gläubiger eines Minderjährigen die Vormundſchaft des letztern übernimmt, ohne die Forderung anzuzeigen [3]); 2) wenn die Abtretung einer Schuldforderung dem Anaſtaſianiſchen Geſetze zuwider [4]), oder 3) an einen Mäch-

1) Man ſiehet ohne weiteres Erinnern, daß hier nur von der extinctiven Verjährung die Rede ſei. Vortreflich hat dieſen Gegenſtand aufgeklärt **Hoepfner** in ſeinem theoretiſch praktiſchen Commentar über die Inſtitutionen §. 393. und beſonders 1184.

2) Die **Lehre von der Praekluſion bei entſtandenen Konkurſe der Gläubiger**, Leipzig 1781.

3) Nou. 72. Cap. 1. 2. 4. Nou. 94. in praef. Gewiſſe nothwendige Einſchränkungen dieſer Vorſchriften findet man in den **Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien von zweien Rechtsgelehrten**, Braunſchweig und Hildesheim 1780. Th. 1. Num. 38.

4) L. 23. §. 1. C. Mandati.

Mächtigern geſchieht [5]); 4) wenn der Gläubiger, um ſeine Befriedigung zu erhalten, ſich der verbotenen Selbſthülfe bedient [6]). — Die Verjährung und Praecluſion hat mit dieſen nicht Einen und denſelben Grund, weil Strafe im eigentlichen Verſtande eine unerlaubte Handlung vorausſetzt, welche in dem Falle, da Jemand binnen der rechtlichen Friſt nicht klagt, nicht vorhanden iſt. Denn die Geſetze deuten ihm nur an, wann und wie lange er auf richterliche Hülfe im Staate Anſpruch machen könne, und nun ſteht es im übrigen bei ihm, ob er binnen ſolcher Zeit ſein Recht geltend machen wolle oder nicht; geradezu iſt er nicht verbunden zu klagen, folglich auch hier keine Strafe im eigentlichen Verſtande vorhanden. — **III. Weil die Geſetze aus vordringender Billigkeit dem Schuldner geſtatten, von einem ſonſt bündigen Vertrage wegen veränderter Umſtände wieder abzugehen, obgleich das natürliche Zwangsrecht ihm ſolches nicht erlaubt.** — Man hat bekanntlich die Regel: Alle Verträge enthalten ſtillſchweigend die Clauſel: rebus sic

5) L. 2. C. ne lic. potent. BÖHMER Obseruat. iur. feudal. Cap. 13.

6) L. 13. D. quod met. causa. J. C. Schmidt practiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 775., woſelbſt die vorzüglichſten Schriften über dieſe Materie benannt ſind.

sic stantibus [7]). Dieſe Regel iſt aber, ſo wie die meiſten Sprüchelchen der Art, häufig gemißdeutet und ſehr übel angewandt worden. So oft, ſagt man ſich Umſtände zutragen, die einen Contrahenten, wenn er ſie voraus gewußt, oder hätte wiſſen können, von Schließung des Vertrags gänzlich würden zurückgehalten haben, ſo oft iſt er nach gedachter Regel berechtigt, von dem einmal getroffenen Contract wieder abzugehen. Wenn dem wirklich ſo wäre, ſo würde dadurch Gelegenheit gegeben werden, alle Verträge anzufechten, und ſich Niemand weiter auf ein Verſprechen verlaſſen können, ſo müßte ich auch befugt ſein, ein heute gekauftes Buch morgen zurückzugeben und mein Geld wieder zu fordern, wenn mir ein Freund immittelſt ein Geſchenk damit gemacht hätte; denn dieß voraus gewußt, würde ich jenes nie gekauft haben. Die bürgerlichen Geſetze haben freilich dergleichen in einigen beſondern Fällen verordnet, aber es iſt eine Unart der Ausleger, wenn ſie dasjenige, was ſolchen

7) L. 38. und 82. D. de Solut. *Car. Phil.* Kopp de clauſula rebus ſic ſtantibus ſecundum ius tum naturale, tum ciuile. Marb. 1750. Joh. Heinr. Eberhards Abhandlung von der Klauſel: *rebus ſic ſtantibus*; in deſſen Beiträgen zur Erläuterung der teutſchen Rechte, Th. I. Seite I. Leyser Spec. 40. med. 4. J. E. Schmidt öffentliche Rechtsſprüche, Seite 183. von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit, Seite 363. Hoepfner l. c. §. 1010.

ſolchen einzelnen Vorſchriften zum Grunde dient, ſogleich in allgemeine Regeln umſchaffen, und dieſe als Folgerungen aus der Natur der Sache durchgängig anwenden. Eigentlich wird dazu, um von der Clauſul, rebus sic stantibus, als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu machen, erfordert, daß die entſtandene Veränderung einen Umſtand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung der Parteien dergeſtalt weſentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt. Alle übrigen beſondern Verhältniſſe eines oder des andern Contrahenten kommen hier gar nicht in Betrachtung; z. B. wenn das Mädgen, mit dem ſich jemand des Geldes wegen, jedoch ohne dieß zur Bedingung zu machen, verlobt hat, in der Folge arm wird, ſo berechtigt ihn dieſes nicht, von der Verlobung zurück zu treten. Wir wollen es ihm ohne Betheurung gern glauben, daß er in Vorausſehung dieſer Veränderung gar nicht würde contrahirt haben, aber er hätte ſeine Intention, ſich vorzüglich mit dem Vermögen der Braut bereichern zu wollen, ausdrücklich erklären müſſen. Von ſelbſt verſteht ſich das nicht. Ein anders iſt es nun freilich, wenn die bürgerlichen Geſetze in gewiſſen Fällen wegen ſolcher Veränderungen nach einſeitigen Verhältniſſen, die das Naturrecht an ſich zur Aufhebung eines Contracts nicht als hinreichend erkennet, dem Einen Theile auch wider Willen des Andern die

Zurück-

Zurücktretung erlauben. Dann ſollte man dieſe Fälle aber auch bloß als beſondere Anordnungen des Civilrechts, und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundſatzes oder der ſogenannten Clauſul, rebus sic stantibus, behandeln. So z. B. darf 1) eine Schenkung wieder zurückgefordert werden, wenn der Schenker nach derſelben allererſt eheliche Kinder bekommen [8]), imgleichen 2) wenn der Beſchenkte ſich einer groben Undankbarkeit ſchuldig gemacht hat [9]). 3) Der Miethsmann iſt ſchuldig, das gemiethete Haus zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen unvorhergeſehener Fälle ſelbſt des Hauſes benöthigt wird, oder eine Reparatur darin unternehmen muß, wobei jener nicht füglich in der gemietheten Sache verbleiben kann [10]). Nach dem Naturrechte dürfte in dieſen Verhältniſſen noch nicht ſofort eine **völlige** Aufhebung des Contracts von Seiten des Vermiethers verlangt werden können. IV. **Wenn** endlich

8) L. 8. C. de reuoc. donat. Knorre rechtliche Abhandlungen und Gutachten, n. 21. J. G. Schelhorn de opinata donationum ob superuenientes liberos reuocatione, Goett. 1747.

9) L. fin. C. de reuoc. donat. *Sim. Henr.* Musaei Diss. de reuocat. donat. ob praestitam contra donatorem aduocationem, Kil. 1702.

10) L. 3. C. *de locato conducto.* Struben rechtl. Bedenken, Th. 2. num. 34. Lauterbach in Colleg. theoret. pract. XIX. 2. 47.

lich das förmliche Recht dem Gläubiger zuwider iſt, dergeſtalt, daß er ſeines an ſich gerechten Anſpruchs durch den Proceß verluſtig wird. Hieher gehören alle diejenigen Fälle, wo jemand fato processus um ſeine gerechte Forderung gebracht, insbeſondere, wenn ein wirklicher Schuldner durch ungerechte rechtskräftige Urtheile abſolvirt wird [11]). So weit von Claſſification der verſchiedenen hieher gehörenden Fälle überhaupt. Es iſt aber der Gegenſtand dieſes Abſchnitts ſowol im Ganzen, als auch beſonders in Rückſicht dieſer oder jener einzelnen Gattung noch näher zu erläutern. Davon ſogleich mit mehrerm.

§. 91.
Ueber die natürliche Verbindlichkeit in vorſtehenden Fällen.

Die Frage: ob der Schuldner, welchen die Civilgeſetze ſolchergeſtalt von den gerichtlichen Anſprüchen des Gläubigers losſprechen, eben dadurch auch von der natürlichen Verbindlichkeit befreiet werde? iſt in Anſehung der Folgen, welche davon abhängen, ſehr wichtig. Denn, in ſo fern wir ſolche bejahen, oder verneinen, in ſo fern müſſen wir auch hin und wieder die Compenſation, die Zu-

11) L. 28. und 60. D. *de cond. indeb.* *Henr. de* Cocceii Diss. de vero debitore absoluto, Tom. 2. Exercitat. p. 874. Brockes Select. Obseruat. N. 1.

rückforderung des Gezahlten, das Retentionsrecht, die Bürgſchaft und Verpfändung in den bisher angeführten Fällen zum Theil für gültig erklären, zum Theil aber verwerfen. Im allgemeinen iſt jene Frage unter den Rechtsgelehrten eigentlich noch nicht zur Erörterung gekommen; man pflegt ſich nur in Rückſicht auf einige einzelnen Fälle damit zu beſchäftigen, in den mehrſten aber wird ſie gar übergangen. Vorzüglich hat man über die natürliche Verbindlichkeit eines Beklagten, welcher durch ungerechten richterlichen Ausſpruch abſolvirt worden, geſtritten. Man iſt aber dabei von beiden Seiten auf Behauptungen gerathen, die, wenn ſie im Zuſammenhange der Lehre geprüft werden, nicht füglich anzunehmen ſein dürften. Cocceji, welcher ſich gegen die natürliche Verbindlichkeit in jenem Falle erklärt, ſtellt bei dieſer Gelegenheit den Satz auf, daß auch in andern Fällen, z. B. der Verjährung ꝛc., wo bürgerliche Rechte den Schuldner befreien, die natürliche Verbindlichkeit deſſelben gänzlich wegfalle [1]). Denn, ſagt er, ihm ſteht ja die condictio indebiti zu. Dieß hat aber kein Geſetz im allgemeinen verordnet, und der angeführte Grund iſt daher petitio principii. Das ſicherſte, um alle Verwirrung zu vermeiden, iſt wol, wenn

wir

1) *Henr. de* Coccejі cit. Diss. de vero debitore absoluto, Sect. 2. §. 21. sequ. Sect. 3. tot.

wir zuvörderſt auf diejenigen Grundſätze zurückgehen, welche uns die Natur der Sache an Hand giebt, und ſodann unſer Augenmerk auf die poſitiven Geſetze ſelbſt richten. Daß nun einestheils die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit von dem gerichtlichen Effecte derſelben nicht abhange, und anderntheils die Einſchränkung der gerichtlichen Wirkſamkeit auf das ſtrengſte zu erklären ſei, iſt bereits oben deutlich genug außer Zweifel geſetzt worden. Dieß leitet uns aber auf folgende Bemerkungen, welche die Sache ganz erſchöpfen. I. Wenn die Verordnung der Civilgeſetze nur dahin geht, daß der Gläubiger künftig **mit ſeiner Klage nicht weiter gehört werden ſoll:** ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß nicht allein die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners, ſondern auch zum Beßten des Gläubigers der übrige gerichtliche Effect fortdaure, welche ihm die Geſetze nicht wirklich abgeſprochen haben.

II. In ſo fern aber die Geſetze dem Gläubiger nicht bloß richterliche Hülfe verſagen, ſondern ihre Abſicht dahin geht, ihm eine ſonſt auch gegründete Forderung ſelbſt abzuſprechen, nicht bloß die Ausübung ſeiner Befugniß einzuſchränken, ſondern **ihn ſeines ganzen Rechts an ſich verluſtig zu erklären,** in ſo fern hört auch auf Seiten des Schuldners ſelbſt die natürliche **Zwangspflicht**

auf. Denn vorausgeſetzt, was nicht leicht Jemand leugnen wird, daß die Geſetze gewiſſe Handlungen des Gläubigers mit dem ganzen Verluſte ſeines Rechtes beahnden können, ſo kann ja nicht füglich den Schuldner eine natürliche Verbindlichkeit treffen, wenn das bürgerliche Verhältniß macht, daß auf Seiten des Gläubigers gar kein Recht mehr vorhanden iſt. Es kann zwar oft den Pflichten des Anſtandes und der Menſchenliebe gemäß ſein, daß der Schuldner doch bezahle, welches aber von manchen perſönlichen Verhältniſſen beider Theile abhängt, die bei eigentlichen Zwangspflichten gar nicht in Betrachtung kommen.

III. Verliert endlich der Gläubiger ſeine bisherigen Anſprüche nicht ſowol, weil ihn die Geſetze einer an ſich gegründeten Forderung verluſtig erklären, als vielmehr, **weil nach förmlichen Rechten angenommen wird, daß ſeine vermeinte Forderung nicht gegründet ſei,** ſo müſſen die Gerichte in der Folge den Schuldner allewege, als einen ſolchen anſehen, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit weiter obliegt, wenn gleich an ſich das wirkliche Recht auf der Seite des Gläubigers ſein mag. Darauf kann, wenn einmal förmliches Recht vorhanden iſt, nicht weiter Rückſicht genommen werden. Im allgemeinen können wir nun aus den bisherigen Grundſätzen ſchon ſo viel folgern: daß in

Fällen,

Fällen, wo das erſtere Verhältniß eintritt, dem Gläubiger immer noch die Befugniß verbleibe, ſich durch Compenſation, Retention u. ſ. w. zu dem Seinigen zu verhelfen, wenn er gleich mit einer Klage nicht mehr gehöret wird —. Hingegen ein Gläubiger, dem bürgerliche Vorſchriften der zweiten Art ſein Recht an ſich abſprechen, kann ſolches natürlich weder durch Klagen, noch durch andere Rechtsmittel geltend machen. Und geſetzt auch, daß der Schuldner aus einem Irrthume etwas bezahlt hätte, ſo kann doch der eigentlichen condict. indeb. keine Forderung entgegen geſetzt werden, deren ſich der Gläubiger ganz verluſtig gemacht hat. Ein anderes iſt indeſſen von einer freiwillig und wiſſentlich geleiſteten Zahlung zu behaupten. Eben dieſe Grundſätze müſſen auch angewandt werden, wenn endlich Drittens das förmliche Recht den Schuldner abſolvirt hat. Zahlt er nun doch noch freiwillig, ſo kann er freilich nichts zurückfordern. Aber eine aus Irrthum geleiſtete Zahlung würde ihn allerdings dazu berechtigen, geſetzt auch, daß der Gläubiger eine wahre Schuld beweiſen wollte; denn dieſe Beweißführung kann ihm der Richter nicht füglich geſtatten, weil der Schuldner einmal rechtskräftige Abſolution, mithin das förmliche Recht, für ſich hat—. So verhält ſich die Sache nach allgemeinen Grundſätzen und Begriffen; ob die poſitiven Geſetze da-

mit übereinſtimmen, wird ſich ſogleich mit Mehrerm ergeben.

§. 92.

Fortſetzung des Vorigen.

Die im vorigen §. vorgetragene Theorie beruhet auf ſichern Vernunftgründen, und wir können daher, ohne klare und ganz beſtimmt redende Vorſchriften der Civilgeſetze, in der Anwendung nicht davon abweichen. In L. 19. D. *de cond. indeb.* heißt es: Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est; naturalis obligatio manet —. Dieſe Stelle betrifft unſtreitig ſolche Verordnungen des Civilrechts, welche dem Gläubiger bloß die Klage entziehen, und in ſofern den Schuldner befreien, nicht aber ſolche Geſetze, wodurch der Gläubiger ſeines ganzen Rechts verluſtig erklärt wird. Deutlicher wird dieß in L. 9. §. 4. D. *ad S. C. Maced.* aus einander geſetzt: Hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum *actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.* Es iſt alſo, wie ein jeder ſiehet, in den einzelnen Fällen vor allen Dingen die bürgerliche Diſpoſition ihrem ganzen Inhalte nach genau zu prüfen, und zuvörderſt auszumachen, ob dem Gläubiger das ganze Recht an ſich abgeſprochen, mithin der Schuldner überhaupt von der Forderung frei erklärt iſt, oder ob nur gewiſſe Rechtsmittel dem Gläubiger verſagt worden ſind, wonächſt ſich über

die

die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit, und deren im Gericht noch Statt findende Wirkung der Aufſchluß bald ergeben wird. So z. B. darf der Gläubiger, welcher die zur Verfolgung ſeines Rechts beſtimmte Zeit verſäumt hat, in der Folge zwar nicht weiter klagen, allein nirgend haben ihn die Geſetze ſeines ganzen Rechts verluſtig erklärt, und ich finde daher auch kein Bedenken zu behaupten, daß die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners fortdaure, und, die Klage abgerechnet, in Gerichten immer noch anerkannt werden müſſe [1]). Was andere dagegen eingewandt haben, daß nämlich bei eingetretener Verjährung anzunehmen ſei, daß der Gläubiger ſich ſeines Rechts begeben habe [2]), iſt in der That ſehr unbedeutend. Die Civilgeſetze wiſſen durchaus nichts von dieſer vermutheten Dereliction, noch weniger haben ſie ſolche als einen Grund der dem Naturrechte unbekannten Verjährung angegeben [3]). Wol aber wird man überall finden, daß die Geſetze nach Ablauf einer gewiſſen Zeit, dem Gläubiger bloß die Befug-

1) Bachov in tr. de pignoribus, Lib. 5. Cap. 3. p. 369. sequ. Das Gegentheil behaupten Cocceii cit. Diss. de vero debitore absoluto Sect. 2. §. 21. sequ. Vasquius quaest. illustr. p. 1. c. 53.

2) Vasquius und Cocceii l. c.

3) Man ſehe dagegen L. 1. D. *de usucap.* L. fin. D. *pro suo.* Barbeyrac in not. ad Grot. ius belli et pacis, Lib. 2. Cap. 4. §. 6. Leyser Spec. 454. Med. 1.

Befugniß zu klagen, abſprechen, keinesweges aber das Recht deſſelben und die Verbindlichkeit des Schuldners an ſich aufheben. Ich wiederhole aber, daß hier nicht von der Uſucapion, wo ich mein Recht verliere, weil es ein anderer erworben hat, ſondern nur von der extinctiven Verjährung die Rede iſt, wo die **Rechtshülfe** bloß darum verſagt wird, weil ich meiner Seits binnen einer gewiſſen Zeit nicht darauf angetragen habe. Entſteht daher die Frage: ob der Schuldner, welcher nach abgelaufener Verjährungszeit bezahlt, ſolches wiederum zurückfordern könne? ſo hat die verneinende Antwort in den Fällen ohnehin ſchon kein Bedenken, wo der Schuldner wol wiſſend, daß keine Klage wider ihn weiter Statt finde, dennoch die Zahlung leiſtete, imgleichen wo eine Unwiſſenheit des Rechts ihn zur Zahlung veranlaßte, weil ſolches zum wenigſten denen nicht zu Statten kömmt, deren Abſicht auf ein Lucrum gerichtet iſt [4]). Wie aber, wenn der Schuldner in facto irrete, wenn er nicht wußte, daß die Verjährungszeit ſchon verſtrichen ſei? welches zumal bei Erben ſehr leicht der Fall ſein kann. Bei dieſer Frage müſſen wir noch etwas verweilen. Die mehrſten Juriſten geſtatten dem Schuldner die Zurückforderung des Bezahlten

4) L. 9. C. ad L. falcid. L. 7. D. de iuris et facti ignorant.

ten [5]), welches man freilich bei denen nicht befremdlich finden wird, welche ihn ſelbſt von der natürlichen Verbindlichkeit befreiet wiſſen wollen. Sonderbar hingegen iſt es, die nämliche Behauptung ſogar bei Andern anzutreffen, welche ſonſt doch zugeben, daß, der Verjährung ungeachtet, die natürliche Verbindlichkeit an ſich fortdaure [6]). Da wir aber den Grund, worauf jene ſich berufen, ſchon unrichtig befunden haben, ſo iſt nur noch zu unterſuchen, was dieſe für ſich anführen. Sie denken ſich hier eine ſogenannte natürliche durch das Civilgeſetz gänzlich deſtruirte Verbindlichkeit, und vergleichen den gegenwärtigen Fall mit der Bürgſchaft der Weibsperſonen; allein unrichtig. Denn die geſetzliche Zeit, nach deren Ablauf dem Schuldner die Verjährung zu ſtatten kommt, iſt ausdrücklich nur der **gerichtlichen Klage** des Gläubigers vorgeſchrieben, hingegen dem Schuldner geben die Geſetze nichts mehr als eine **Einrede** gegen die Klage des Gläubigers, welches der Ausdruck: praeſcriptio temporis, in dem Römiſchen Geſetzbuche an ſich ſchon mit ſich bringt, und alle einzelnen Verordnungen deutlich

5) Hahn *ad Weſenbec.* Lib. 12. Tit. 6. n. 6. Müller *ad Struu. Exercit.* 18. *thes.* 33. Wernher Lectiſs. Comment. ad Pandect. tit. de cond. indeb.

6) Bachov ad Treutler. Diſput. 48. thes. 3. lit. H.

genug beſtimmen [7]). Wenn daher natürliche Verbindlichkeit an ſich vorhanden iſt, der Buchſtabe des poſitiven Rechts aber bloß die Klage des Gläubigers ausſchließt, ſo müſſen ja die übrigen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit aufrecht bleiben, (vergl. §. 127. n. 8.) und folglich kann der Schuldner ſich in keinem Betrachte ermächtigen das Bezahlte zurückzufordern; wie uns denn auch ohnehin ſchon L. 40. D. de cond. ind. dahin anweiſet: Si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, *ubi vero in odium eius cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur.* Alle dieſe ſo triſtigen Gründe ſollen dennoch in L. 37. D. de *Fideiussorib.* ihre Widerlegung finden: Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. Gilt alſo, ſagt man, nach abgelaufener Verjährungszeit die Bürgſchaft nicht, ſo haben wir ja das unſtreitigſte Kennzeichen einer gänzlich reprobirten Verbindlichkeit, und folglich muß auch der Schuldner berechtigt ſein, das Bezahlte zurückzufordern. Einigen Schein hat dieſes Argument wirklich, und da es die angeſehenſten Lehrer

7) Tot. Tit. C. de praescript. XXX. vel. XL. annor. Meine Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 1ſtes Stück, No. 1.

rer des Civilrechts zu dem ihrigen gemacht haben, ſo iſt es freilich leicht zu erklären, wie die darauf geſtützte gegenſeitige Meinung ſo herrſchend hat werden können. Ich bin indeſſen überzeugt, daß die angeführte Stelle meiner Behauptung in der That nicht zuwider ſei, und zwar aus folgenden Gründen. Zuvörderſt iſt 1) in dem Geſetze mit keinem Worte geſagt, daß die Bürgſchaft darum nicht gelten ſolle, weil ſie wegen einer natürlichen, nach Vorſchrift der Civilgeſetze ganz unwirkſamen Verbindlichkeit geſchloſſen worden, ſondern es wird eigentlich der Grund angeführet, quoniam erroris fideiussio nulla est. Man ſchließt daher wol ein wenig zu voreilig von der ungültigen Bürgſchaft, auf die an ſich ganz verworfene natürliche Verbindlichkeit, bei welcher die Bürgſchaft ohne Wirkung ſein würde, wenn auch gar kein Irrthum dabei obwaltete, z. B. wenn ich einer Spielſchuld wegen einen Bürgen ſtelle. — Vorausgeſetzt, alſo, daß der Römiſche Juriſt am angeführten Orte von Bürgſchaften nach abgelaufener Verjährung gehandelt habe, ſo iſt er auch in der That mehr auf unſerer Seite als wider uns, weil er nicht wegen aufgehobener Verbindlichkeit an ſich, ſondern nur des Irrthums wegen die Bürgſchaft unverbindlich hält. Damit kann es aber recht wol beſtehen, daß dem Schuldner, wenn er auch aus Irrthum bezahlt hätte, die condictio indebiti nicht

frei

frei ſtehe. Denn 2) da dem Gläubiger einmal wegen eingetretener Verjährung die Klage durch das Geſetz ausdrücklich verſagt iſt: ſo kann er freilich in der Folge nicht anders als durch eigene Verwillkührung des Schuldners wieder dazu gelangen, mithin auch nicht durch Beſtellung eines Bürgen, es wäre denn, daß von Seiten des Schuldners eine Entſagung der Einrede der Verjährung damit verbunden ſein ſollte. Dieß fällt bei dem vorausgeſetzten Irrthume weg, folglich iſt der Buchſtabe des Geſetzes ſeiner Klage immer noch zuwider. Die Zurückforderung des Bezahlten hingegen iſt dem Schuldner in keinem Geſetze eingeräumt worden. Ueberhaupt aber 3) ſteht es noch ſehr dahin, ob in der angeführten L. 37. D. de fideiuss. von der eigentlichen Verjährung die Rede ſei. Es heißt zwar: Si quis, postquam tempore transacto liberatus est ect. Allein die Inſcription des Geſetzes leitet auf eine andere Stelle, die es ſehr wahrſcheinlich macht, daß die gedachten Worte ganz etwas anders betreffen. Es war Grundſatz im Syſteme der Römiſchen Jurisprudenz, daß nach ſtrengen Rechten keine Verbindlichkeit nur auf eine gewiſſe Zeit dauren könne, und daß folglich der Ablauf einer gewiſſen Friſt nie ipso iure eine Verbindlichkeit aufhebe, wenn gleich der Billigkeit wegen die Klage des Gläubigers durch Einreden abgelehnt werden konnte.

Dieſen

Dieſen Grundſatz trägt Paullus, von dem L 37. D. *de fideiuss.* herrührt, in L. 44. D. *de obl. et act.* mit folgenden Worten vor: Circa diem duplex inspectio est. Nam vel *ex die* incipit obligatio, aut confertur *in diem*. *Ex die* veluti *Calendis* martis dare spondes? cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. *Ad diem* autem; *Usque ad* calendas dare spondes? *Placet vero ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conuenti, vel doli mali exceptione summoueri poterit.* Wie daher in dieſem Falle dem Schuldner gegen die Strenge des Rechts mit einer Einrede geholfen wird, ſo erfordert es auch die Billigkeit, daß eine nach Ablauf der Zeit aus Verſehen beſtellte Bürgſchaft nicht mehr gelten könne. Wenn nun ebenderſelbe Rechtsgelehrte an der andern Stelle ſagt: Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est, ſo iſt es gewiß nicht wider die Regeln der Hermeneutik, wenn wir dieſe letztern Worte, in Beziehung auf eben den Gegenſtand erklären, wovon in L. 44. D. *de obligat. et actionib.* die Rede iſt, mithin nicht von der Verjährung, welche bloß die Klage des Gläubigers ausſchließt,

ſchließt, ſondern von ſolchen Fällen, wo die Schuld ſelbſt nur eine Zeitlang dauert, und mit dem Ablauf einer gewiſſen Friſt die natürliche Verbindlichkeit an ſich aufhört, obgleich den Vorſchriften des ſtrengen Rechts erſt mittelſt einer Einrede begegnet werden muß; woraus ſich denn die weitern Folgen von ſelbſt ſo deutlich ergeben, daß es wenig Zutrauen zu meinen Leſern verrathen würde, wenn ich mich weiter dabei aufhalten wollte.

§. 93.

Fortſetzung; von der Praecluſion.

Mit der Verjährung hat die Praecluſion eine große Aehnlichkeit [1]); ſie unterſcheiden ſich aber vorzüglich darin, daß bei jener das Geſetz die Zeit beſtimmt, bei dieſer hingegen der Befehl des Richters, in Rückſicht auf einzelne Rechtsſachen. Wir haben, was die eigentliche Wirkung der Praecluſion anbetrifft, keine ausdrückliche Vorſchriften der gemeinen Rechte, folglich ſind Natur der Sache, Analogie des Rechts, und der Gerichtsgebrauch die Quellen, woraus wir ſchöpfen müſſen. Durch die Präcluſion kann Niemand mehrere Rechte verliehren, als deren Verluſt ihm der Richter gültig androhen konnte, und wirklich angedrohet hat. Und da die Ladung, welche der Richter bei Androhung der Praecluſion ergehen läßt, ſich immer nur auf den concreten Fall beſchränkt

1) (Von Trützſchler) Lehre von der Praecluſion, Seite 5.

beſchränkt, welcher dermalen beim Richter obſchwebt, ſo kann auch der ausbleibende Gläubiger nur in dieſer Hinſicht für abgewieſen geachtet, folglich ihm nicht verſagt werden, ſeinen Anſpruch gegen andere Perſonen und Sachen, imgleichen unter andern Verhältniſſen geltend zu machen. Daher die im Concurs erfolgte Präcluſion den Gläubiger nur von der gegenwärtigen Maſſe, nicht aber von der gegen den Schuldner ſelbſt, oder gegen deſſen Erben anzuſtellenden Klage ausſchließt [2]). Sollte auch der Schuldner in der Folge den praecludirten Gläubiger gerichtlich belangen: ſo leidet es kein Bedenken, daß dieſer ſich der Compenſation bedienen dürfe [3]).

§. 94.

2) Balthasar Classif. cred. p. 118. Claproth Concurs-Proceß, in deſſen Summariſchen Proc. §. 331. Pufendorf Tom. I. Obs. 176. C. C. Dabelow Syſtematiſche Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, §. 171. Das Gegentheil vertheidigt Leyser Spec. 490. M. I. Dieſer behauptet zwar Spec. 488. med. I., daß die Klage des Gläubigers durch die Ceſſion der Güter nicht erlöſche, ſondern nur einſtweilen ruhe; tantisper quiescit; weshalb Balthasar in Classif. Cred. p. 118. und der Verfaſſer der Lehre von der Praecluſion Seite 82. dem Leyſer vorwerfen, daß er ſich ſelbſt widerſpreche; ich finde aber dieſen Widerſpruch nicht. Denn unſtreitig will er Spec. 488. von den Gläubigern verſtanden ſein, die ſich wirklich gemeldet, jedoch aus den cedirten Gütern ihre Befriedigung nicht erhalten haben.

3) L. 6. D. *de Compensat.*

§. 94.
Von der natürlichen Verbindlichkeit in den übrigen Fällen, vorzüglich von dem Schuldner, der durch ungerechten richterlichen Ausſpruch losgeſprochen worden.

Da die Geſetze den Vormund, welche bei Uebernahme der Curatel ſeine Forderung an den Pupillen verſchwiegen hat, nicht mit dem Verluſt ſeines ganzes Rechts beahndet, ſondern nur mit ſeiner Klage nicht weiter gehört wiſſen wollen [1]), ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß die natürliche Verbindlichkeit, mit allen ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdaure. Ein gleiches müſſen wir von dem Falle behaupten, wenn die Ceſſion einer Schuldforderung gegen das Anaſtaſianiſche Geſetz geſchehen iſt, weil die Geſetze auch dabei nichts weiter, als den Verluſt der Klage, in ſofern der Vorgang jener Vorſchrift zuwider iſt, verordnet haben [2]). Hingegen auf die unerlaubte Selbſthülfe, und die Ceſſion an einen Mächtigern, iſt in L. 13. D. quod metus causa und L. 2. C. ne liceat potent. nicht bloß Verluſt der Klage, ſondern des ganzen Rechts an ſich zur Strafe geordnet, daher fällt auch die natürliche Zwangspflicht gänzlich weg, und dem Schuldner, der aus Irrthum bezahlte, ſteht die Zurückforderung

1) Nou. 74. Cap. 4.
2) L. 23. C. *Mandati.*

derung frei, welche durch eine höchſtens hier übrig bleibende Liebespflicht keinesweges unzuläſſig wird [3]). Endlich müſſen wir über den Fall, da ein Schuldner durch ungerechten richterlichen Ausſpruch losgeſprochen, imgleichen wenn überhaupt der Gläubiger fato processus ſachfällig erklärt worden iſt, noch eins und das andere zur nähern Erläuterung hinzufügen. Allgemeine Vernunftgründe über dieſen Gegenſtand ſind ſchon oben vorgekommen, und hätten die Rechtsgelehrten zuvörderſt darauf ihr Augenmerk gerichtet, und danächſt mit Rückſicht auf die beſondern Verhältniſſe, welche hier eintreten, den Inhalt der poſitiven Geſetze zu unterſuchen, ſich die Mühe genommen: ſo würde die Sache weniger ſtreitig unter ihnen geworden ſein. Man hat aber Statt deſſen die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners in erwähnten Fällen bald zugeſtanden, bald geleugnet, je nachdem man in den Römiſchen Civilgeſetzen Stellen für das Eine oder das Andere gefunden zu haben geglaubt hat, da doch die Sache an ſich unſtreitig aus den Grundſätzen des Vernunftrechts ihre Entſcheidung erhalten, und danächſt der gerichtliche Effect nach Vorſchrift der Civilgeſetze beſtimmt werden muß. **Anton Faber, Zoeſius, Lauterbach**, und andere

3) *Henr. de* Cocceii Diss. de Antidoris in deſſen Exercitationibus Volum 2. p. 859. *Sam. de* Cocceii iur. controu. tit. de cond. indeb. Quaest. 5.

dere mehr [4]) behaupten, daß ein ſolcher Schuldner allewege natürlich verbunden bleibe, und eben darum auch condictio indebiti wegfalle. Hingegen **Cocceji, Donell, Voet**, und mehrere mit ihnen [5]) verwerfen, wenn einmal rechtskräftige Abſolution des Schuldners vorhanden iſt, auch die natürliche Verbindlichkeit, und halten daher die Zurückforderung des Gezahlten für zuläſſig. Durch die einzelnen Argumente von beiden Seiten, wird man bei der Nachleſung der angeführten Schriften ſich ſehr bald von der Wahrheit unſerer obigen Bemerkung überzeugen. Daß an ſich ein ungerechter Ausſpruch des Richters, wenn wir auf wirkliches Recht und wirkliches Unrecht ſehen, den Schuldner von der natürlichen Verbindlichkeit nicht befreie, iſt ſo evident, daß es gar keines weitern Beweiſes bedarf, wenn gleich Cocceji dagegen anführt, daß der Gläubiger ſich ſelbſt der gerichtlichen Entſcheidung unterworfen,

4) *Anton* Faber Rational. ad Pandect. L. 60. D. de cond. indebiti. Zoesius Comment. ad Pand. Lib. 44. Tit. 2. n. 14. Lauterbach Comp. iur. pag. 202. Brunnemann ad L. 60. D. de cond. ind. Hellfeld iurisprud. forens. §. 829. Brockes Obseruat. Select. Argum. 1.

5) *Henr. de* Cocceii de vero debitore abſoluto. Sect. 3. *Hugo* Donell Comment. iur. ciuil. Lib. 14. Cap. 12. *Joh.* Voet Comment. ad Pand. Lib. 12. Tit. 6. §. 4. *Samuel de* Cocceii iur. controuers. Tit. de cond. indeb. Quaest. II.

ſen, mithin vermöge ſeiner eigenen Verwillkührung kein Recht mehr habe, ſobald judicate Erkenntniſſe ihm ſolches verſagten, und daß eben daher auch der Schuldner aus ſolcher Vereinbarung der Parteien vollkommen berechtiget ſei, ſich nach erfolgtem obſieglichen Urtheile von aller, auch der natürlichen Verbindlichkeit, befreiet zu achten. Das Irrige dieſer Schlußfolge iſt ſehr leicht zu zeigen. Denn deſſen nicht zu gedenken, was ſich gegen die gewöhnliche Meinung, welche den Grund der Rechtskraft auf einen Vertrag zurückführt, noch wol erinnern ließe, ſo iſt doch die Abſicht der ſtreitenden Theile, wenn ſie ihre Angelegenheit der richterlichen Entſcheidung unterwerfen, keinesweges, ihr ganzes Schickſal und ihre Rechte an ſich auf ein bloßes Ungefähr, auf eine ganz unbeſchränkte Willkühr des Richters ankommen zu laſſen, ſondern ſie erwarten ein gerechtes, den Geſetzen und der Sache angemeſſenes Urtheil, und folglich kann der Schuldner, den ein ungerechtes Urtheil losgeſprochen hat, ſich unmöglich den Gedanken erlauben, daß eigene Einwilligung des Gläubigers ihn von aller Verbindlichkeit befreiet habe. In dieſer Hinſicht hat Anton Faber ſehr richtig geurtheilet: Rerum iudicatarum auctoritas est tota ex mera ratione iuris ciuilis, ut litium aliquis finis esse possit, sed hoc nihil commune habet cum aequitate naturali. Selbſt die

Römiſchen Rechtsgelehrten haben dieſe an ſich fortdauernde natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht verkannt, ſondern, wie aus mehrern Stellen der Pandecten erhellet, ausdrücklich behauptet, daß, wenn gleich ein ungerechtes richterliches Erkenntniß den Schuldner frei geſprochen hätte, dennoch die natürliche Verbindlichkeit deſſelben dadurch nicht aufgehoben werde [6]). Man hat ſie aber ganz unrichtig verſtanden, und iſt in der Folge unſtreitig zu weit gegangen, wenn man dieſe Stellen dahin gedeutet hat, daß die erwähnte natürliche Verbindlichkeit auch danächſt vor Gericht in der Maße geltend gemacht werden könne, daß der Gläubiger eine Einrede daraus hernehmen, und folglich der Schuldner das Gezahlte nicht wieder zurückfordern könne. Wer ſiehet hier nicht die Vermiſchung des förmlichen und wirklichen Rechts, und daß von dem leztern ein Gebrauch gemacht werden ſoll, dem das erſtere zuwider iſt. Dieß geht, wenn man das Ganze nicht in Gefahr ſetzen, und alles der Unordnung Preiß geben will, durchaus nicht an. Die gemeine Wolfahrt erfordert es, daß die Rechtshändel ein gewiſſes Ziel haben, und die Parteien ſich bei dem begnügen müſſen, was rechtskräftige Erkenntniſſe mit ſich bringen, und ſolchergeſtalt förmliches

6) L. 60. D. de cond. ind. L. 8. §. 1. rem ratam haberi.

riches Recht unter ihnen ausmacht. Es iſt nicht zu vermuthen, daß es nicht auch wirkliches Recht ſein ſollte. Auf alle Fälle aber, und wenn auch ein oder anderes Individuum leiden ſollte, muß in Gerichten als wirkliches Recht oder Unrecht angeſehen und behandelt werden, was Einmal förmlich dafür erkannt worden iſt; folglich muß das rechtskräftige Urtheil, wodurch der Beklagte für nicht ſchuldig erkannt wird, den vollgültigſten Beweiß der Nichtſchuld ausmachen, mithin auch bei geſchehener Zahlung **aus Irrthum** die condictionem indebiti allerdings rechtfertigen. Freilich derjenige, welcher wußte, daß er abſolvirt ſei, und dennoch bezahlte, kann ſich keine Zurückforderung einfallen laſſen. Aber geſetzt, der Erbe bezahlt etwas, ohne zu wiſſen, daß ſein Erblaſſer bereits davon losgeſprochen ſei; ſollte wol nicht, vermöge des rechtskräftigen Ausſpruchs, die Zurückforderung Statt finden? Allerdings; denn angenommen auch, daß der Erblaſſer wirklich durch ungerechten richterlichen Ausſpruch abſolvirt, folglich an ſich der Erbe noch wirklich verbunden ſei, ſo kann doch dieſe Verbindlichkeit hier nicht weiter in Betrachtung kommen; ja ſie kann nicht einmal ausgemacht werden. Denn der Erbe, da er das rechtskräftige Urtheil für ſich hat, braucht ja nichts mehr zum Beweiſe des indebiti, und der Gläubiger kann, da ihm die Rechts-

kraft einmal im Wege ſteht, mit Beweiſen dagegen nicht weiter gehört werden. Offenbar hat **Donell** darin recht, wenn er ſchreibt: Contrarium aduersus eum, qui absolutus est, numquam probari potest. Nam si is, qui solutum a reo absoluto errante acceperat, dicat, vere debuisti, et probare paratus sum, non audietur. Certi enim iuris est post rem iudicatam nil amplius quaeri, quam an iudicatum sit. *Absolutus igitur semper pro eo habetur, quasi non deberet.* Quodsi illam vim rei iudicatae concedunt omnes, sciant quoque, hoc admisso, indebiti soluti repetitionem locum habere. Es iſt auch den Römiſchen Rechtsgelehrten, wie die Fragmente aus ihren Schriften deutlich genug ergeben, keinesweges eingefallen, dieſen Grundſätzen zu widerſprechen. Man darf nur das Anſehen und die Wirkung, welche ſie überhaupt der Rechtskraft beilegen, in Betrachtung ziehen, um ſich völlig davon zu überzeugen. Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß man bei den einzelnen Geſetzen, welche die Zurückforderung des Gezahlten in beſondern Fällen verwerfen, vorzüglich auf die eigene Beſchaffenheit dieſer Fälle, und die dabei eintretenden Umſtände Rückſicht nehmen müſſe, ehe und bevor man allgemeine Regeln daraus bilden kann. So z. B. pflegen die Rechtsgelehrten, welche dem unrechtmäßig abſolvirten Schuldner die condict. indeb. verſagen,

ſich

ſich auf L. 28. D. *de cond. ind.* zu berufen; wo es heißt: Iudex si male abſoluerit, et abſolutus *ſua ſponte* ſoluerit, repetere non poteſt —. Allein da hier von dem die Rede iſt, der wiſſentlich eine gerichtlich verworfene Schuld bezahlt hatte, ſo ſieht man wol, daß dieſes Geſetz gar nicht wider uns ſei. Eben ſo vergeblich beruft man ſich auf die L. L. 60. D. *de cond. indeb.* und 8. §. 1. D. *rem ratam haberi* weil in beiden Geſetzen gar nicht einmal von dem Falle, worauf es hier ankommt, ſondern davon die Rede iſt, wenn die Zahlung vor erfolgtem Erkenntniſſe geſchehen iſt [7]). Dagegen wird dasjenige, was wir als Folge des förmlichen Rechts angeführt haben, durch eine Menge Geſetze, deren wir nur einige anführen wollen, zur Genüge beſtätigt. Sehr beſtimmt ſagt **Ulpian** in L. 25. D. *de ſtatu hominum*: Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo ſententia lata eſt, *quamuis fuerit libertinus*, *quia res iudicata pro veritate accipitur.* Eben dieſer Rechtsgelehrte erklärt ſich in L. 56. D. *de re iud.* dahin, daß nach rechtskräftig

 ent-

7) Man ſehe hierüber **Cocceji** und **Donell** an den bemerkten Stellen. Eines andern Geſetzes, worauf man ſich auch zu berufen pflegt, L. 50. §. 2. D. de pecul. habe ich kaum erwähnen mögen, weil es gar nicht von der natürlichen Verbindlichkeit nach erfolgter Rechtskraft, ſondern von der natürlichen Verbindlichkeit der Knechte handelt.

entſchiedener Sache durchaus alle weitere Unterſuchung über Recht und Unrecht des ſtreitigen Gegenſtandes als unzuläſſig zu verwerfen ſei. Post rem iudicatam nihil quaeritur —. Und wenn er bei dieſer Gelegenheit den rechtskräftigen Ausſpruch des Richters, das Geſtändniß, und den Eid in Anſehung der Wirkung einander gleich ſchätzt, ſo verdienen auch allerdings die Worte Paulli in L. 43. D. *de cond. indeb.* hier angemerkt zu werden: Si quis iurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur, *atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est* —. Warum ſollte das förmliche Recht eines abſolvirenden Endurtheils nicht gleiche Wirkung haben? da doch im umgekehrten Falle, wenn Jemand widerrechtlich zur Zahlung verurtheilt worden iſt, L. 29. §. 5. D. *Mandati* klar verordnet: propter rei iudicatae auctoritatem repetitio soluti cessat. — Uber die Bürgſchaft, das Pfandrecht, die Compenſation u. ſ. w. in den vorſtehenden Fällen überhaupt, wird in der Folge mit Mehrerem gehandelt.

Sechſter Abſchnitt.

Zweites Kapitel.

Allgemeine Beobachtungen zu dieſem und dem nächſtvorhergehenden Abſchnitte.

---

§. 95.

Nach welchen Geſetzen der Richter, im Fall einer Colliſion der poſitiven Rechte verfahren müſſe?

In Anſehung der natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeſchäfte haben wir bereits oben §. 62. die Regel außer Zweifel geſetzt, daß dabei lediglich die Geſetze des Orts, wo der Handel geſchloſſen worden iſt, zur Richtſchnur dienen. Wenn aber natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen nicht ſowol durch bürgerliche Geſetze verboten oder ganz für nichtig erklärt, als vielmehr nur in Anſehung der gerichtlichen Wirkung eingeſchränkt ſind, und in dieſem Punkte da, wo der Handel eingegangen iſt, ein anderes Recht gilt, als da, wo geklagt wird, ſo iſt die Frage vielleicht noch ſchwieriger, nach welchen Geſetzen der Richter ſodann den Vorgang beurtheilen ſolle? Intereſſant iſt ſie wenigſtens vorzüglich in einem Lande, wie unſer Deutſches Vaterland, welches neben den beiden auswärtigen

Geſetzbüchern eine der Anzahl nach ganz ehrwürdige Sammlung von Reichs- und Provinzialgeſetzen, von Statutariſchen Rechten und Gewohnheiten (freilich hin und wieder Materialien zur Geſchichte und Verfaſſung der Abderiten) aufzuweiſen hat. Es fehlt auch nicht an beſondern Abhandlungen über die Colliſion dieſer verſchiedenen Rechte, wovon ich die vorzüglichſten §. 61. ſchon angeführt habe. Allein die Erfahrung hat mich ſchon gelehrt, überall, wo es auf richtige Theorie vom gerichtlichen Effect natürlicher Verbindlichkeiten und deſſen Einſchränkung ankommt, immer in einem oder andern Betrachte eine ziemliche Strecke ungebauetes Feld anzutreffen, meine anfängliche Erwartung von der Lectur auch der beſten Schriftſteller am Ende doch getäuſcht, und viele Zeit und Mühe umſonſt dabei verwandt zu ſehen. Keine der angeführten Abhandlungen, ſelbſt auch nicht die an einzelnen Fällen ſo reichhaltige Diſſertation des **Nic. Hert**, enthält über die erwähnte Frage etwas befriedigendes. Die Gründe aber, woraus wir im vierten Abſchnitte die Regel hergeleitet haben, daß natürlich erlaubte und verbindliche, jedoch bürgerlich **verbotene** Rechtsgeſchäfte, immer nach den Geſetzen des Orts, wo ſie geſchloſſen worden, zu beurtheilen ſind, finden hier keine Anwendung. Denn in jenen Fällen, kommt es darauf an, ob der Handel überhaupt Rechte und Ver-

Verbindlichkeiten unter den Parteien hervorgebracht habe? welches zu beſtimmen, man unſtreitig auf ſeinen Urſprung zurückgehen, mithin nach den Geſetzen des Orts, wo er geſchloſſen iſt, urtheilen muß, in wie fern die Parteien befugt waren, ihn einzugehen. In dem gegenwärtigen und nächſtvorhergehenden Abſchnitte hingegen kommen Fälle vor, wo ungeachtet der wirklich vorhandenen Verbindlichkeit, dem Gläubiger dennoch in verſchiedener Hinſicht die gerichtliche Hülfe verſagt wird. Hier iſt alſo von poſitiven Geſetzen die Rede, welche den Richter anweiſen, in wie fern er Verbindlichkeiten, welche gewiſſe Rechtsgeſchäfte in der That hervorgebracht haben, im Wege Rechtens anerkennen, und die Erfüllung derſelben erzwingen dürfe. Solche poſitive Vorſchriften aber, welche die Rechtshülfe der natürlichen Zwangspflichten beſtimmen, können nur dem Richter, dem ſie wirklich ertheilt ſind, zur Richtſchnur dienen, und ſind folglich nur anzuwenden, wenn wirklich bei dieſem Richter geklagt wird. Andere Gerichte ſind nicht verbunden, danach zu verfahren, weil die alleinige gerichtliche Unwirkſamkeit das Daſein der Verbindlichkeit an ſich nicht aufhebt, und folglich die letztere den völligen Effect behaupten muß, ſobald ſie bei einem andern Richter angebracht wird, dem die Hände in Anſehung der Rechtshülfe nicht gebunden ſind. **Carl Ferdinand Hommel**, in deſſen Schriften

die

die Nachwelt vielleicht noch mehr, als ſein Zeitalter, den philoſophiſchen Rechtsgelehrten ſchätzen wird, nimmt den richtigen Grundſatz an, daß in allen Dingen, welche den Proceß, die Art des gerichtlichen Verfahrens, und die eigentliche Juſtizpflege betreffen, lediglich die Geſetze des Forums, wo der Rechtshandel obſchwebt, zu beobachten ſind; und daraus leitet er auch die eben ſo richtige Folge ab, daß die Frage: ob eine Schuldklage bereits verjähret ſei? eigentlich nur nach den eben gedachten Rechten zu beurtheilen ſei [1]). Und wir glauben nunmehr überhaupt mit Recht die Regel zu behaupten, **daß in allen Fällen, wo es nur auf gerichtliche Wirkung einer an ſich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit ankommt, die Geſetze, nicht des Orts, wo der Handel geſchloſſen worden, ſondern des Forums, wo die Verbindlichkeit gerichtlich angeregt wird, dem Richter zur Norm dienen müſſen.** Um aber dieſe allgemeine Regel gegen alle Mißdeutung und üble Anwendung zu ſichern; müſſen wir derſelben folgendes zur Bedeckung mitgeben. **Erſtlich:** die Folge iſt klar, daß eine Handlung, welche da, wo ſie geſchloſſen worden, nicht verboten, ſondern nur **nicht klagbar iſt**, an andern Orten, wo geltende Geſetze

1) C. F. Hommel Rhapsod. Quaest. Obs. 409. num. 10. und 16.

Geſetze die gerichtliche Wirkung in der Maße nicht eingeſchränkt haben, allerdings eine gültige Klage hervorbringt. Man hat gefragt, ob die Schuld eines Studirenden, welche die in ſogenannten Creditedicten beſtimmte Summe überſchreitet, und daher beim akademiſchen Gerichte nicht klagbar iſt, in der Folge bei andern Gerichten völlig eingeklagt werden könne? Es kommt darauf an, ob das Creditedict ein wirkliches Verbot enthält, wodurch die Studirenden von gewiſſen Rechtsgeſchäften völlig ausgeſchloſſen werden, den Einwohnern des Orts wirklich unterſagt wird, ihnen Geld zu borgen, mit ihnen auf Credit zu handeln, u. ſ. w., oder ob nur dem Gläubiger wegen gewiſſer Anſprüche die Rechtshülfe verſagt iſt? Im erſten Falle iſt die Forderung überall ungültig, und in keinem Gerichte, weder durch Klagen noch durch Einreden geltend zu machen. Im letztern Fall aber findet nur beim academiſchen Gerichte diejenige Rechtshülfe nicht Statt, welche das Creditedict dem Gläubiger nahmentlich entzogen hat, dahingegen der Schuldner an andern Orten gültig in Anſpruch genommen werden kann [2]). Zweitens: der Satz, deſſen wir bereits erwähnt haben, daß die Zeit der Verjährung einer Klage eigentlich nur nach den Geſetzen des Gerichts, wo die Forderung angebracht wird, zu beſtimmen

men

2) Eiſenhard Erzählung beſonderer Rechtshändel, Th. 4. Num. 15.

men ſei, iſt keinem Zweifel unterworfen, wenn eine Klage, welche in dem bisherigen Gerichtsſtande des Schuldners bereis verjähret worden, nach der Zeit anderswo erhoben wird, woſelbſt eine längere Friſt erforderlich iſt. Hier wird er vergeblich einwenden, daß die Schuld bereits an jenem Orte präſcribirt ſei [3]). Denn die Verjährung der Klage hebt keinesweges die natürliche Verbindlichkeit auf. Der Richter alſo, bei dem jezt die Klage angebracht wird, iſt um ſo mehr verbunden, den Schuldener zur Bezahlung anzuhalten, weil er den gerichtlichen Effect einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit nicht einſchränken darf, wofern die Ordnung ſeines Gerichts, und die Geſetze, denen er ſelbſt bei Verwaltung der Juſtiz unterworfen iſt, ihm ſolches nicht deutlich vorſchreiben. Fremde Rechte

3) So lehrt Huber Lib. 3. de iure ciuitat. c. 11. §. 34. imgleichen Hommel a. a. O. in den Worten: Tempus, quo actioni praescribitur, quum alibi ſit breuius, alibi longius, quaeritur, an iura loci valeant, ubi contractus, ex quo actio nata, celebratus, an vero ad locum iudicii reſpiciendum ſit. Reſpondeo, praeſcriptionem inter exceptiones eſſe, has vero ad procedendi modum referri, nec ad valorem contractus, ſed ad tempus et locum actionis inſtituendae pertinere. Man ſehe auch Sande lib. 1. Tit. 12. Deſinit. 5. und *Joh. Theoph.* Seger de vi legum et decretor. in territ. alieno, Lips. 1777. §. 10. Das Gegentheil lehren Coccejı Diſſert. de fundata in territ. et plurium locor. concurr. poteſtate, Tit. 6. §. 8. und *Joh. Nic.* Hertius Diſſ. de Colliſione legum, Sect. IV. §. 65.

Rechte binden ihn in dieſer Hinſicht nicht. Mehr von der Verjährung wird in der Folge dieſes Paragraphen noch vorkommen. **Drittens:** Wie aber wenn die Geſetze, welche eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nicht verbieten, ſondern derſelben nur effectum agendi verſagen, noch beſonders hinzufügen, daß die Schuld auch an andern Orten nicht klagbar ſein ſolle? Man findet dergleichen Zuſätze zuweilen in den ſogenannten Creditedicten für Studirende und Soldaten. Wenn dieſe Geſetze ein wirkliches Verbot der Handlung enthalten, ſo iſt der Zuſatz überflüßig, weil das Geſchäfte ſeiner urſprünglichen Nichtigkeit halber ohnehin nirgend klagbar iſt, und der veränderte Aufenthalt des Schuldners keine Verbindlichkeit wirken kann, die an ſich wegfällt. Verordnungen aber, die den Handel an ſich nicht verbieten, ſondern nur im Wege Rechtens unwirkſam machen, können durch jene Zuſätze außer den Grenzen des Landes, wo der Geſetzgeber zu befehlen hat, Niemanden verbinden, noch weniger fremden Gerichten zur Norm gereichen. Vernünftiger Weiſe kann daher die Vorſchrift, daß dergleichen Schulden auch an andern Orten und in andern Gerichten nicht klagbar ſein ſollten, ſich nur auf das Territorium des Landesherrn beſchränken, von dem die Verordnung herrührt, dergeſtalt, daß in ſeinem Lande kein Gericht, und keines Orts Obrigkeit dem Gläubiger die völlige Rechtshülfe

ange-

angedeihen laſſen darf —. Viertens: In einigen Fällen des gegenwärtigen Abſchnitts haben die bürgerlichen Geſetze einer bisher völlig wirkſamen Verbindlichkeit in der Folge allererſt nicht bloß effectum agendi abgeſprochen, ſondern ſogar den Richter angewieſen, den Gläubiger wegen Uebertretung der Geſetze mit dem Verluſte ſeines Rechts an ſich zu beſtrafen. Wenn aber außer dem, was in dieſer Hinſicht ſchon gemeinen Rechtens iſt, die Provinzialgeſetze und Statuten in beſondern Fällen eine ähnliche Strafe beſtimmt haben, ſo kann dieſe dem Gläubiger eigentlich da nur zuerkannt werden, wo er die Geſetze beleidiget hat. Wird alſo die Sache bei einem Gerichte anhängig, welches dieſen Geſetzen nicht unterworfen iſt, ſo kann auch keinesweges danach geſprochen werden. Ein anderes wäre freilich, wenn der Richter jenes Orts den Geſetzen gemäß dem Gläubiger ſein ganzes Recht bereits abgeſprochen hätte, wodurch auf Seiten des Schuldners alle Verbindlichkeit an ſich aufhören würde, ſo wie überhaupt die bei Einem Gerichte ſchon eingetretene Rechtskraft überall ihre Wirkung behauptet. Die Geſetze, welche den Wucher mit dem Verluſt des Capitels oder ſonſt härter, als die gemeinen Rechte es ordnen, beſtraft wiſſen wollen, mögen hier zur Erläuterung dienen [4]. Die bisherigen Grundſätze ſind

4) G. L. Boehmer de delictis extra territorium admis-

ſind hinreichend, unſere vorhin gedachte Regel von Einer Seite in das gehörige Licht zu ſetzen —. Allein es iſt noch ein anderer Geſichtspunkt übrig, wo der Richter mit mehrerer Sorgfalt auf alle Umſtände Bedacht nehmen muß, um Ungerechtigkeiten zu vermeiden. Wir ſetzen daher den obigen Grundſätzen noch dieſen hinzu. **Fünftens:** Wenn die Verbindlichkeit des Schuldners, nach den Geſetzen des Orts, wo ſie gewirkt worden iſt, oder wo der Schuldner bisher ſein Forum hatte, völlig wirkſam war, die Klage aber jetzt bei einem Gerichte angebracht werden muß, wo Verbindlichkeiten dieſer Art nicht völlig geltend gemacht werden können, ſo ſind der Regel nach die Rechte des letztern Orts nur dann anzuwenden, mithin dem Gläubiger die Rechtshülfe zu verſagen, wenn auf ſeiner Seite eine Vernachläſſigung dieſer Rechte und der darin enthaltenen Vorſchriften erweißlich iſt. Geſetze auf diejenigen anwenden wollen, welche durch keinen Beruf noch Pflicht verbunden waren, die Geſetze zu befolgen, würde eben ſo viel ſein, als die Ungerechtigkeit auf den höchſten Grad treiben. Ein jeder Gläubiger, der ein wirkliches Recht hat, zu deſſen Erlangung ihm aber die Gerichte ihren Beiſtand verſagen, leidet; aber nur derjenige mit Recht,

miſſis, in Eiusd. elect. iur. ciuil. Tom 3. G. J. F. Meister principia iur. crim. §. 109.

welcher ein unwirkſames Geſchäft ſelbſt an dem Orte, wo es unkräftig iſt, eingeht, und dem die geſetzlichen Vorſchriften deshalb nicht fremde waren. Dieſer kann ſich nicht beklagen, weil es ſeine Schuld war, ſich in einen Handel und mit Perſonen einzulaſſen, von denen er wußte, daß er auf den völligen Effect im Wege Rechtens nicht rechnen durfte. Wenn gleich die Geſetze den Handel nicht verbieten, ſondern nur gerichtlich unwirkſam erklären, ſo geht doch im Grunde ihre Abſicht dahin, eben durch dieſe Vorſchrift den Unterthanen einen Beweggrund und Anlaß zu geben, gewiſſe Geſchäfte entweder gar nicht zu ſchließen, oder doch mit mehrerer Vorſicht das Ihrige wahrzunehmen. Derjenige alſo, dem dieſe Geſetze bisher nicht zur Vorſchrift dienen konnten, iſt auch nicht füglich darnach zu behandeln. Wenn daher bei den Gerichten, wo der Schuldner jetzt zu belangen iſt, eine kürzere Verjährungszeit Statt findet, als da, wo er bisher ſein Forum gehabt hat, ſo kann die Dauer der Klage nicht ſofort nach jener kürzern Friſt beſtimmt werden. Man ſetze den Fall: In dem Orte A., wo die Schuld contrahirt worden, und wo der Schuldner bisher wohnhaft geweſen iſt, ſind 20 Jahre zur Verjährung erforderlich. Nach Verlauf von 10 Jahren begiebt ſich der Schuldner unter die Gerichtsbarkeit zu B., wo ſchon 5 Jahre zur Erlö-

ſchung

ſchung der Klage hinreichen, und obgleich die leztere gleich im Erſten Jahre nach veraͤndertem Gerichtsſtande erhoben wird, ſo glaubt er doch nach den Rechten ſeines jetzigen Aufenthalts die Einrede der Verjaͤhrung vorſchuͤtzen zu koͤnnen, weil bereits uͤber 5 Jahre verſtrichen waͤren, ohne daß der Klaͤger mit ſeinen Anſpruͤchen hervorgegangen ſei. Hier wuͤrde es ungerecht ſein, wenn man den Klaͤger abweiſen wollte, da er doch ſeinen Schuldner nicht eher zu B. belangen, noch die dortigen Rechte beobachten konnte, als bis der Beklagte wirklich der Gerichtsbarkeit dieſes Orts unterworfen worden. Man laſſe ſich aber hiedurch nicht zu der irrigen Folge verleiten, als ob nunmehr der Fall nach den Geſetzen des Orts, wo die Schuld contrahirt worden iſt, zu behandeln ſei, folglich auch der Richter zu B. erſt nach 20 Jahren den Klaͤger abweiſen koͤnnte. Es bleibt vielmehr auch hier bei unſerer Regel, daß lediglich die Geſetze des Orts, wo die Forderung in Anrege koͤmmt, zu befolgen ſind. Nur muͤſſen dieſe Geſetze ihren Gruͤnden und Abſichten nach auf den vorkommenden Fall anpaſſend ſein. Wenn alſo der Glaͤubiger, ohne eine untadelhafte Unwiſſenheit der Rechte des Orts B. vorſchuͤtzen zu koͤnnen, ſeine Klage binnen 5 Jahren, nachdem der Schuldner ſich dorten niedergelaſſen hatte, nicht anbringt, ſo ſteht ihm allerdings die Einrede der Verjaͤhrung ent-

gegen, ohne weitere Rückſicht, ob die zu A. erforderliche Zeit ſchon abgelaufen ſei oder nicht [5]).

§. 96.

Einige Bemerkungen über die Erklärung und Anwendung dieſer Geſetze.

Bei den verſchiedenen Meinungen und Widerſprüchen der Ausleger, welche unvermeidlich ſind, wenn die Worte des Geſetzes nicht von allen Seiten die höchſtmögliche Beſtimmtheit haben, ſind die Parteien übel daran, wenn ihre Sache einem Richter in die Hände geräth, dem es an gewiſſen, richtigen, und aus der Natur einer jeden Rechtsmaterie abſtrahirten Grundſätzen gebricht, um dem Labyrinthe der gelehrten Zänkereien entgehen zu können. Wem der Staat die Verwaltung der Juſtiz anvertrauet hat, der ſoll und muß billig für die Vorſchrift der Geſetze eine allen Eigendünkel und Klügelei gänzlich ausſchließende Achtung haben, aber auch nicht minder für die Rechte und

5) Nur unter dieſen Einſchränkungen kann ich dem Huber beipflichten, wenn er am angeführten Orte folgenden Fall beſtimmt. Noster homo Frisius in Batauis agens illic mercibus minutim venditis obligatus est, quarum actioni biennio apud nos, secus in Hollandia praescribitur. Creditor actionem post biennium in Frisia instituit, quaesitum est, an pati debeat praescriptionem biennalem, quia nunc agit in Frisia, an ea sit liberandus, quum contractus est initus in Hollandia. Respondeo, praescriptioni locum esse, *quia ius eius ad actionem non ad negotium gestum pertinet.*

und das Eigenthum der Bürger und Unterthanen. Dieſen unter gewiſſen Umſtänden ihre Befugniſſe abſprechen, oder die Rechtsverfolgung derſelben einſchränken, iſt durchaus eine Sache, die ſich kein Richter erlauben darf, wenn nicht klare Vorſchrift der Geſetze ihn dazu ermächtigt. Es iſt alſo auch hier eine ungezweifelte Wahrheit, daß alle Verordnungen, deren wir in dieſem und dem vorigen Abſchnitte erwähnt haben, lediglich nur auf die beſondere Gattung von Rechtsgeſchäften, nur auf die Perſonen, und die beſondern Verhältniſſe, welche die Geſetzgeber ausdrücklich genannt haben, zu beſchränken, nicht aber auf andere Gegenſtände und Verhältniſſe zu erweitern ſind. Wo z. B. das Macedonianiſche Senatusconſultum als ein Geſetz gilt, da muß man lediglich bei den Worten deſſelben ſtehen bleiben, wonach es nur von Darlehnen gilt, die in baarem Gelde gemacht werden. Daher es weder auf andere Arten des Darlehns, noch auf ſonſtige Verträge, noch auf den Fall anzuwenden iſt, wenn die Schuld urſprünglich nicht aus einer Geldanleihe herrührt, ſondern nur durch Novation darin verwandelt worden iſt [1]). Wiewol man zugeben muß, daß der Geſetzgebung ſelbſt in dieſer Hinſicht manche wichtige Einwürfe entgegen ſtehen, wovon aber der Richter nicht ſofort in der An-

1) Mencke ad Pand. XIV. 6. 5. *Fratr.* Becmannor. Conſil. et. Decis. Tom. 1. Reſp. 13.

wendung Gebrauch machen darf. Heilſamer iſt es freilich, nach den Gründen, welche der Entwurf eines allgemeinen Geſetzbuchs für die Preußiſchen Staaten beſonders angeführt hat, bei allen Verträgen der Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt ſtehen, die Einwilligung des Vaters zum weſentlichen Requiſit der Gültigkeit zu machen, dabei aber auch die Kennzeichen der fortdaurenden oder aufgehobenen väterlichen Gewalt ſo ſichtbar zu beſtimmen, daß Niemand, ohne grobe Unwiſſenheit, ſich darin irren kann, und ſodann auf alle Behelfe nicht weiter zu achten, die das Römiſche Recht dem Gläubiger ertheilt, und wodurch verſchmitzte Wucherer die ganze Diſpoſition und Abſicht des Geſetzgebers nur zu leicht vereiteln können. Dergleichen ſind die Sätze, daß das Senatusconſultum nicht Statt finde, wenn der Gläubiger die Eigenſchaft ſeines Schuldners nicht gewußt, oder wenn der Vater ſchon vorhin Schulden für den Sohn bezahlt hätte, u. ſ. w. [2]) Daß übrigens der Richter die vorkommenden Rechtsgeſchäfte, Perſonen und Sachen nur nach den Eigenſchaften und Folgen, welche die bürgerliche Verordnung als gewöhn=

2) Entwurf eines allgem. Geſetzb. ꝛc. Th. 1. Seite 172. ꝛc. Allgemeines Geſetzb. für die Preuß. Staaten, II. 2. 125. und 210. ꝛc. Man ſehe auch über die Kunſtgriffe, welche gewöhnlich in fraudem Senatusconsulti angewandt werden, die Beiträge zur populairen Rechtsgelahrheit, Th. 1. St. 3. N. 18.

gewöhnlich dabei vorausſetzt, behandeln müſſe, daß die Vorſchrift des Geſetzes keinen Abfall leide, wenn gleich auf Ein oder anderes Individuum der geſetzliche Grund nicht paſſen ſollte, daß einſchränkende Verordnungen, deren Grund darauf beruhet, weil gewiſſe Handlungen leicht üble Folgen haben, oder gemißbraucht werden können, dadurch ihre Anwendung nicht verlieren, wenn Jemand beweiſen wollte, daß in dem vorkommenden Fall kein Mißbrauch geſchehen, keine ſchädliche Folge zur Wirklichkeit gekommen ſei, alles dieſes iſt oben §. 64. aus Gründen dargethan, welche zugleich deutlich ergeben, daß auch in den gegenwärtigen Materien allerdings davon Gebrauch zu machen ſei. Gelegentlich haben wir auch ſchon wegen Anwendung der Römiſchen Geſetze, welche manchen natürlich erlaubten und verbindlichen Handlungen die gerichtliche Wirkſamkeit verſagen, die Vorſicht empfohlen, vorzüglich in Acht zu nehmen, ob dergleichen Verordnung auf Gründe beruhe, welche bloß der Römiſchen Verfaſſung eigen, oder die noch heutiges Tages fortdaurend ſind. Wir haben geſehen, daß deshalb hin und wieder der heutige Gebrauch wegfalle, wiederum aber auch in mehrern Fällen ſo viel befunden, daß die Meinung des **Gerhard Gottlieb Titius** [3]), welcher nach heutigen Rechten von bloß

3) Iur. priu. cap. II. §. 8.

natürlichen Verbindlichkeiten im ſtrengſten Verſtande der Römiſchen Civilgeſetze gar nichts wiſſen will, unſtreitig zu weit gehe. Was dieſer ſonſt einſichtsvolle Rechtslehrer vorträgt, iſt ſo ſeltſam, daß man es kaum der Philoſophie eines Jaſon oder **Bulgarus** verzeihen würde. Hodie obligatio naturalis plena (ſo nennt er die natürliche Verbindlichkeit, welche zwar den völligen Effect nicht hat, jedoch nicht ganz unwirkſam iſt) rarior est, vel potius plane cessat. Nam solemne exemplum obligationis ex pacto nudo descendentis non occurit, obligatio vero filii familias, quae ex mutuo asseritur, vel etiam pupilli sine tutore contrahentis vix congruum exhibet exemplum, quum reuera nulla obligatio adsit. Giebt es denn etwa außer dieſen Fällen nicht viel mehrere, wo natürliche Verbindlichkeit den gerichtlichen Effect nicht hat? und muß man nicht alle Grundſätze verleugnen, um behaupten zu können, daß das Darlehn eines filii familias gar keine Verbindlichkeit hervorbringe, und um dieſes Darlehn mit den Geſchäften eines Pupillen ohne des Vormundes Einwilligung in eine Claſſe zu rangiren? Das iſt doch zu arg.

§. 97.

Nachtrag allgemeiner Bemerkungen über die Compenſation wegen bloß natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten.

Obgleich

Obgleich der Satz, daß wegen natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten die Einrede der Compenſation Statt findet, in vielen Fällen, wie bereits im Vorhergehenden gezeigt worden iſt, ſeine unleugbare Richtigkeit hat, ſo verſteht ſich doch die Vorausſetzung von ſelbſt, daß die übrigen Erforderniſſe einer rechtsgültigen Compenſation gehörig vorhanden ſein müſſen. Die bekannten Regeln, daß die Bezahlung einer liquiden Schuld durch keine illiquide Gegenforderung aufgehalten, eine gewiſſe Species nicht mit einer Quantität, eine jetzt ſchon fällige Schuld mit einer noch nicht fälligen, keinesweges abgerechnet werden können, müſſen allerdings auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten die Compenſation vorgeſchützet wird. Hiebei aber entſteht nun die wichtige Frage: ob der Gläubiger wenn aus erwähnten Gründen ſeine Einrede verworfen, und er zur Bezahlung verurtheilet worden, nicht berechtiget ſei, die ſonſt nicht klagbare Verbindlichkeit, per modum actionis geltend zu machen? z. B. Titius hat als filius familias von mir 100 Rthlr. als ein Darlehn empfangen. Ich bin ihm in der Folge auch 100 Rthlr. ſchuldig geworden. Als er mich der letztern wegen belangt, ſchütze ich zwar die Compenſation vor, allein weil ſeine Forderung ganz liquide, die meinige hingegen es nicht iſt, ſo werde ich zur ſofortigen Zahlung angewieſen. Darf ich nunmehr erwar-

ten, zum völligen Beweiſe meiner Anleihe zugelaſſen zu werden, und demnächſt die bezahlten 100 Rthlr. wiederfordern? L. 30. und 51. D. de cond. ind. ſcheinen mir entgegen zu ſtehen. Dort heißt es: Qui inuicem creditor, idemque debitor est, in his casibus, *in quibus compensatio locum non habet*, si soluit, non habet condictionem, veluti indebiti soluti, *sed sui crediti petitionem.* Das letztere ſetzt aber zum voraus, daß ſein creditum klagbar ſein muß, welches hier wegen des S. C. maced. der Fall nicht iſt. Die zweite Stelle ſagt: Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si soluerimus, repetere non possumus. Alles kommt hier wol, um die Sache im Allgemeinen genau zu faſſen, darauf an, daß man die verſchiedenen Urſachen, derentwegen die Compenſation verwerflich ſein kann [1]) ſorgfältig von einander unterſcheide. Iſt ſie ihrer Natur nach darum ſchon unzuläſſig, weil die Forderung und Gegenforderung an ſich nicht compenſabel ſind, wenn etwa nicht idem creditum et debitum vorhanden, oder die eine Schuld jetzt ſchon fällig iſt, die andere aber noch nicht, und nun der Gläubi-
ger

1) In meinen Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1ſten Stück Nr. 6. habe ich dieſe Materie ausführlicher abgehandelt. Cappel Diss. de praescriptione compensatione non obstante. Helmstadii 1794.

ger bezahlen muß, ſo kann er freilich in der Folge wegen der Geldſchuld, womit ihm der Filius Familias verhaftet iſt, keine Anſprache machen. Denn da die Compenſation hier gar nicht eintritt, folglich die Verbindlichkeit, welche der Gläubiger ſeiner Seits auf ſich hat, dadurch nicht gehoben wird, ſo kann auch nicht geſagt werden, daß er etwas indebite bezahlt habe; und mithin würde ihm nichts weiter übrig bleiben, als ſeine eigene Forderung mittelſt einer Klage zu verfolgen. So entſcheidet cit. L. 30. die Sache richtig. Nun fällt aber vermöge des S. C. Maced. das Recht zu klagen weg, und er kann daher nichts fordern. Ganz anders aber verhält ſich die Sache, wenn die Compenſation, ob ſie gleich an ſich wirklich eingetreten iſt, dennoch nur darum vom Richter nicht anerkannt wird, weil die Gegenforderung aus der Geldanleihe nicht liquid iſt. Kann hier der Gläubiger ſeine Gegenforderung in der Folge zulänglich beweiſen, ſo müſſen ihm die bekannten Effecte der Compenſation in ihrem ganzen Umfange allerdings zu Statten kommen. Vermöge derſelben war an ſich die Forderung, welche der Filius Familias einklagte, ſchon zur Zeit der Klage ipso iure nach Verhältniß der Geldanleihe gehoben. Was alſo der Gläubiger wegen fehlenden Beweiſes bezahlen müſſen, das hat er wirklich indebite gezahlt, und der Gegentheil beſitzt es sine causa. Hätte dieſer die

Geld=

Geldſchuld eingeſtanden, ſo würde die Abrechnung ſogleich eingetreten ſein; durch das widerrechtliche Leugnen vor Gericht kann er ſich aber nicht bereichern, folglich liegt ihm die Zurückgabe des Empfangenen ob. Dagegen kann er das S. C. Mac. nicht vorſchützen, weil der Gläubiger nunmehr nicht aus der Geldanleihe ſelbſt klagt, ſondern condictione indebiti, vel sine causa die Zahlung der Nichtſchuld zurückfordert. Hier ſind auch die angeführten Geſetze nicht entgegen, weil L. 30. de condict. ind. den Fall voraus ſetzt, da die Abrechnung ihrer Natur nach an ſich ſchon nicht Statt findet, folglich der Gläubiger wegen nicht aufgehobener Forderung und Gegenforderung, ſein Creditum ſelbſt einklagen muß; hier aber iſt die Compenſation an ſich betrachtet wirklich geſchehen, und der Gläubiger einſtweilen nur wegen mangelnden Beweiſes zur Zahlung angehalten worden. L. 51. ebendaſ. redet keinesweges von ſolchen Zahlungen, welche man unfreiwillig auf Befehl des Richters leiſten muß, und iſt daher nach aller Analogie der Rechte nur von dem Falle zu verſtehen, da Jemand freiwillig etwas weggegeben hatte, was er hätte zurück behalten können. Nach dieſen Grundſätzen iſt überall zu verfahren, wenn von der Compenſation natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten die Rede iſt.

Siebenter Abſchnitt.

Von natürlichen Gewiſſenspflichten oder den ſogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, welche durch poſitive Geſetze die Wirkung der Zwangspflichten erhalten haben.

§. 98.

Einleitung.

Von Privatdiſpoſitionen, Verträgen, Vermächtniſſen u. ſ. w., wodurch Gewiſſenspflicht in Zwangspflicht übergehen kann [1]), habe ich hier nicht zu handeln,

1) *Dan.* Nettelbladt System. element. iurispr. general. §. 287. Moſes Mendelſohn leitet überhaupt die verbindende Kraft der Verträge daraus ab, weil durch ſie Liebespflicht in Zwangspflicht verwandelt werde. Dem iſt nun freilich nicht immer ſo; wiewol Schaumann im wiſſenſchaftlichen Naturrechte §. 369. Anmerk. 1. p. 218. ſolches in gewiſſem Verſtande zu rechtfertigen ſucht. Man ſehe dagegen Garve in ſeinen philoſophiſchen Anmerkungen zu des Cicero Werk von den Pflichten, Th. 1. und 2. Seite 95. der erſten, und Seite 71. der vierten Ausgabe, welcher jedoch einen andern Grund der Verbindlichkeit aus Verträgen aufſtellet, den eine genauere Prüfung eben ſo wenig zutreffend finden dürfte, weil nicht ſowol das Recht, die wirkliche Leiſtung

deln, ſondern ich betrachte dieſen Gegenſtand als Wirkung der poſitiven Geſetze, welche hin und wieder, was an ſich nur unerzwingliche Pflicht der Menſchenliebe ſein würde, als wirkliche Zwangspflicht behandelt wiſſen wollen. Daß dieſes nur unter gewiſſen Umſtänden, und in ſehr beſtimmten Fällen geſchehen könne, verſteht ſich von ſelbſt weil bei Pflichten dieſer Art zu viel von individuellen Verhältniſſen abhängt, weil es meiſtens unmöglich ſein würde, die beſondern Umſtände auszumitteln, worauf hier alles ankommt, und weil der Geſetzgeber ſonſt die Freiheit des Bürgers zu ſehr beeinträchtigen würde. Wenn aber dennoch **Ulpian** die ganze Summe aller geſetzlichen Vorſchriften auf folgende Hauptregeln zurückführt: honeste viuere, neminem laedere, suum cuique tribuere [2]): ſo war es ſchon manchem Ausleger ein Aergerniß, das honeste viuere als einen Gegenſtand des Zwangsrechts aufgeführt zu finden. **Gebauer** hält dafür, daß **Ulpian** kürzer hätte fortkommen können, und das einzige: Neminem laede, ſchon genügt haben würde [3]). Wer aber weiß, was die Alten unter den praeceptis einer Wiſſenſchaft verſtanden, dem wird es

Leiſtung des Verſprochenen zu fordern, als vielmehr nur der Anſpruch auf gewiſſe Entſchädigung daraus folgen würde.

2) L. 10. §. 1. D. de iustit. et iure.

3) Gebauer ord. instit. Lib. 1. Tit. 1.

es einleuchten, daß die Abſicht des Römiſchen Juriſten nur geweſen ſei, uns die **Hauptgründe** zu bezeichnen, worauf am Ende die ganze bürgerliche Legislation beruhet, und da möchte **Gebauer** mit dem einzigen Satze: **beleidige Niemand**, wol zu kurz kommen. Denn allerdings giebt es Civilgeſetze, die ſich nicht hierauf, ſondern lediglich auf das Decorum gründen. Selbſt die Erklärung **Hubers**: Non modo est regula vitae, sed etiam indicat propositum iuris conditorum, quod nihil in arte bonis moribus aduersum tradere velint, unde rerum inhonestarum nulla obligatio, facultas ect.[4]) erſchöpft die Sache nicht ganz. Denn nicht genug, daß die Geſetze nichts gegen das Decorum enthalten; ſie wollen es auch hin und wieder zur Ausübung gebracht wiſſen, und ſo ſoll der Satz, honeste viuere, eigentlich ſo viel andeuten, daß ein Theil der Civilgeſetze in den Regeln des Anſtändigen gegründet ſei. Dahin gehören denn nun vorzüglich die Vorſchriften, wonach in gewiſſen Fällen dasjenige, was an ſich nur Gewiſſenspflicht ſein würde, als wirkliche Zwangspflicht behandelt werden ſoll [5]).

§. 99.

4) Huber Praelect. ad Instit. Lib. I. Tit. I. §. 8.

5) Zur nähern Erläuterung dieſer Materie dienen folgende Schriften: *Joh. Tob.* Richter de obligatione imperfecta ex honestate, iuris ciuilis auctoritate perfecta. Lips. 1751. *Christ. Henr.* Breuning de ciuili

§. 99.
Einzelne Fälle zur vorläufigen Erläuterung dieſer Materie.

Es gehört nicht in den Plan der gegenwärtigen Schrift, dieſen in der Wiſſenſchaft der Geſetzgebung überaus wichtigen Gegenſtand von der Seite, wie die Legislation ihn eigentlich behandeln ſollte, weiter zu verfolgen. Denn ſo iſt es nicht zu leugnen, daß unſere bürgerlichen Geſetze in dieſem Betrachte noch hin und wieder einige Ergänzung leiden, und daß es ſehr zu wünſchen wäre, wenn manche Dinge, die an ſich freilich zu den ſogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten gehören, durch poſitive Vorſchriften, durch verſicherte Belohnungen, oder angedrohete Nachtheile mehr eingeſchärft, und ein ſtärkerer Antrieb zur Erfüllung ſolcher, auf das gemeine Wol den wichtigſten Einfluß habenden Pflichten gegeben würde. Ich habe nur dasjenige, was die

ciuili obligatione et actione ex praeceptis humanitatis. Lips. 1768. *Ant.* SCHULTING de augusta hominis innocentia ad legem boni in deſſen commentatt. acad. Tom. 2. p. 213. *Joh. Sam.* STRYCK *de iure liciti sed non honesti.* Halae 1733. *Joh. Paul* KRESS Diss. *Ius summum summa iniuria.* *Christ. Friedr.* SCHOTT Dissert. an iustum esse possit, quod non est honestum. Tub. 1756. in ſeinen Dissertatt. iur. natural. Tom. I. p. 182. *Henricus de* COCCEII Diss. *de anti doris*, in Exercitatt. curios. Vol. 2. p. 859.

die Civilgeſetze hierüber wirklich enthalten, etwas näher zu erläutern; meine vorzüglichſte Abſicht iſt, die Mißbräuche und Irrthümer, welche ſich in dieſer Hinſicht in die Schule der Rechtsgelehrten, und von da in die Gerichte eingeſchlichen haben, ins Licht zu ſetzen. Nicht immer haben die Geſetze, wenn ſie Pflichten der Menſchenliebe als eigentliche Schuldigkeit vorſchreiben, ſofort klagbare Verbindlichkeiten daraus gemacht, ſondern hin und wieder wegen des an ſich unvollkommenen Rechts, nur eine Einrede geſtattet. So z. B. erlauben die Römiſchen Geſetze zwar nicht, den Freigelaſſenen durch gerichtliche Klagen zu zwingen, daß er ſeinem Patron gewiſſe Dienſte leiſten müſſe, aber ſie verordnen doch, daß die Pflichten der Dankbarkeit an ſich die Forderung einer Remuneration der wirklich geleiſteten Dienſte ausſchließen ſollen, geſetzt auch, daß ſie nicht in der Abſicht, um eine edle Pflicht zu erfüllen, geleiſtet wären, ſondern ein Irrthum dabei obgewaltet hätte [1]), welcher ſonſt in andern Fällen condictionem indebiti zuläſſig gemacht haben würde. Eben dieſes finden wir auch 2) bei dem Brautſchatze, welchen eine Perſon von ihrer Mutter, Großmutter, oder andern nahen Verwandten wirklich erhalten hat. Denn ob ſie gleich vorher nicht hätte darauf klagen können, ſo ſoll doch die Lie-

1) SCHULTING de obligatione naturali, Cap. 6.

bespflicht an ſich hier die Wirkung haben, daß, wenn auch das Heirathsgut nicht in der Abſicht, um eine unerzwingliche Tugend auszuüben, ſondern aus irriger Meinung, daß man perfecte dazu ſchuldig geweſen ſei, entrichtet worden, dennoch das Gegebene als Nichtſchuld keinesweges zurückgefordert werden dürfe [2]). Wenn 3) geſetzliche Vorſchrift [3]), oder auch in beſondern Fällen der Indult des Landesherrn dem Schuldner, da er ſeine Gläubiger nicht ſofort mit baarem Gelde befriedigen kann, eine Nachſicht bewilliget, wenn 4) der Donatarius von ſeinem Wolthäter keine Verzugszinſen fordern darf [4]), ſo liegt es hier ohnehin in der Natur der Sache,

2) L. 52. §. 1. D. *de cond. indeb.* SCHULTING c. l. pag. 18. in fin. COCCEII lib. 12. iur. controu. Tit. 6. Qu. 5.

3) L. 31. D. *de re iud.* Ein merkwürdiges Beiſpiel einer ſolchen Vorſchrift, zum Beſten der durch den Krieg verarmten Schuldner, gab auch der Reichsabſchied von 1654. §. 170. ꝛc. Möſer Patriotiſche Phantaſ. III. 365.

4) L. 22. D. *de donationibus*: Eum, qui donationis cauſa pecuniam, vel quid aliud promiſit, de mora ſolutionis pecuniae uſuras non debere ſummae aequitatis eſt; maxime, quum in bonae fidei contractibus donationis ſpecies non deputatur. Ob dieß bei uns auch gelte? Man hat die Frage verneinen wollen, weil der Grund, welcher nach Römiſchen Rechten die Zinſenforderung verwerflich machte, — *quum in bonae fidei contractibus donationis ſpecies non deputetur* — in Deutſchland nicht Statt findet. *Gottl. Euseb.*

Sache, daß dadurch nur eine Einrede gegen den klagenden Gläubiger bewirket wird. In andern Fällen finden wir nun freilich, daß Liebespflicht an ſich als klagbare Schuldigkeit vorgeſchrieben worden, zum Beiſpiele, 5) daß der Vater, ja in gewiſſen ganz beſondern Fällen auch die Mutter der heirathenden Tochter einen Brautſchaz mitgeben müſſe [5]), 6) daß die Kinder ihrer verarmten Eltern, und dieſe jene zu ernähren ſchuldig ſei [6]), welches leztere nach natürlichen Zwangspflichten mit der Erziehung aufhört, nach bürgerlichen Rechten aber fortdauret.

Euseb. Oelze Tract. An et quatenus usurae ex mora a quantitatis donatore exigi poſſint, secundum ius romanum et hodiernum in Germania. Jenae 1768. Damit fällt aber der zweite Grund keinesweges hinweg, welchen das Geſez ausdrücklich anführet, — summae aequitatis hoc est — freilich an ſich nur Liebespflicht, die aber durch geſezliche Vorſchrift allerdings in Zwangspflicht übergeht. Man ſehe auch Pufendorf Tom. II. Obs. 73.

5) L. 19. D. de ritu nuptiarum, L. fin. C. de dot. prom. Schulting c. l. c. 7. Daß auch bei uns der Vater dazu verbunden ſei, hat Hombergck zu Vach in ſeiner bekannten Dissert. de obligatione patris ad constituendum dotem etc. außer allen Zweifel geſezt. Was in Anſehung der Mutter Rechtens ſei, beſtimmt L. 14. C. de iure dotium, welches Geſez mit mehrern erläutert Vinnius select. Quaest. Lib. 2. Cap. 14. p. m. 442.

6) Schulting *de obligat. naturali.* Cap. 7. Grotius *de iure belli et pacis.* Lib. 2. c. 7. §. 4.

§. 100.
Nähere Beſtimmung des gerichtlichen Zwangsrechts in Fällen dieſer Art.

Es verlohnt ſich kaum der Mühe, die Frage zu berühren, ob dasjenige, was an ſich Liebespflicht ſein würde, nachdem es einmal durch bürgerliche Geſetze wirklich vorgeſchrieben worden, als Zwangspflicht zu behandeln ſei, oder ob es doch nur eine unerzwingliche Verbindlichkeit bleibe? Tobias Richter hat darüber in ſeiner angeführten Diſſertation eine umſtändliche Unterſuchung angeſtellt, deren Reſultat dahin geht, daß durch Vorſchrift des Geſetzgebers die Sache in das Gebieth des Zwangsrechts übergehe —. Quis unquam dubitauit! Es verſteht ſich von ſelbſt, daß in den Fällen ein anderes zu behaupten ſei, wo die Civilgeſetze eine Liebespflicht nur als ſolche in Anrege bringen, nicht aber befehlsweiſe vorſchreiben, wovon wir unter andern in L. 1. § 3. D. de peric. et comm. rei, vend. und L. 12. D. de administr. tutor. Beiſpiele antreffen. Wenn aber dergleichen mehr anrathende und empfehlende Beſtimmung in den Geſetzen nicht angetroffen wird, ſo iſt billig anzunehmen, daß der Geſetzgeber durch ſeine Vorſchriften perfecte zu verbinden die Abſicht gehabt habe. Inzwiſchen leitet uns ſelbſt die Natur der Sache, und die innere Beſchaffenheit der gegenwär-

tigen

rigen Materie hiebei auf folgende Grundſätze, welche die Gerichte billig nie außer Acht zu laſſen haben. I. Was an ſich nur Gewiſſenspflicht ſein würde, gehört lediglich in den beſondern Fällen, welche die Geſetze ausdrücklich genannt haben, vor das äußere Forum; in allen übrigen Fällen darf der Richter die Gränzen nicht überſchreiten, welche der Römiſche Rechtsgelehrte **Paullus** ihm vorzeichnet: Etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae seruanda arbitrio est [1]). Ich ſage aber mit Fleiß: was an ſich nur Gewiſſenspflicht **ſein würde**; denn II. irrig wäre es, wenn man verlangen wollte, daß in allen den einzelnen Fällen, wo dergleichen poſitive Vorſchriften anzuwenden ſind, auch immer eine der ſogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten wirklich vorhanden ſein müſſe, folglich derjenige von Erfüllung der bürgerlichen Legislation ſich diſpenſiren dürfe, welcher zeigen wollte, daß er ſeiner Seits an ſich auch nicht imperfecte zu dem gehalten ſei, was die Civilgeſetze ihm auflegen. Dieſes gehörig nach allen individuellen Verhältniſſen auszumitteln, würde eines

1) L. 12. §. 3. D. de Administr. et peric. tutor. verglichen Seneca de beneficiis VII. 26. Auch **Möſer** in ſeinen Patriot. Phantaſ. III. 367. hat hierüber viel Wahres geſagt, welches Richter, die bisweilen geneigt ſind, unter dem Vorwande der Billigkeit die Gränzen ihres Amts zu überſchreiten, ſehr wol zu erwägen haben.

theils in unzähligen Fällen faſt unmöglich ſein, und anderntheils mit der Abſicht der Geſetzgebung nicht übereinkommen, welche hier nicht ſowol die Erfüllung einzelner Liebespflichten an ſich, als vielmehr gewiſſe Forderungen der Billigkeit und des Anſtändigen nach einigen Verhältniſſen im Ganzen zum Vorwurfe hat; weshalb auch ihren Vorſchriften im Allgemeinen nachzuleben iſt, ohne auf das wirkliche Verdienſt des einen, und die wirkliche Liebespflicht des andern Theils in beſtimmten Vorfällen weiter Rückſicht zu nehmen, es wäre denn, daß die Geſetze ſelbſt dergleichen Ausnahmen geordnet hätten. z. B. Daß Jemand aus gewiſſen Urſachen ſeine Notherben von der künftigen Su eſſion gänzlich ausſchließen könne u. d. m.

III. Inzwiſchen verſteht es ſich von ſelbſt, daß bei Anwendung der bürgerlichen Geſetze, welche uns Verbindlichkeiten auflegen, die an ſich zu den nicht erzwinglichen gehören, allemal auf die Verhältniſſe, welche die Legislation im Allgemeinen dabei voraus-ſetzet, insbeſondere aber auf die Art der Wirkung, welche ſolchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beigelegt iſt, genaue Rückſicht genommen, die ganze Rechtshülfe darauf beſchränkt, und keine weitere Ausdehnung geſtattet werden müſſe. Es haben daher diejenigen nicht unrecht, welche behaupten, daß der Vater nicht ſchuldig ſei, der Tochter aus ſeinem Vermögen einen Brautſchatz mitzugeben, wenn jene

zuläng-

zulänglich eigene Mittel beſitzt [2]). Eben daher fließt auch von ſelbſt, daß in Fällen, wo die Geſetze nach Anleitung des vorhergehenden §. nur eine Einrede wegen Verbindlichkeiten dieſer Art geſtattet haben, der gerichtliche Effect ohne Ungerechtigkeit nicht weiter extendirt werden dürfe, und daß Liebespflichten an ſich nur in ſofern die Kraft einer Zwangspflicht überkommen können, als der bürgerliche Geſetzgeber ſolches ausdrücklich geordnet hat. Ich vermuthe wol, daß mancher Leſer die bisherigen Anmerkungen eben um der auffallenden Evidenz willen, vielleicht gar überflüſſig finden möchte. Allein eine Menge Unrichtigkeiten, welche hin und wieder noch ihre Anhänger finden, und wovon der folgende §. die Beiſpiele zeigen wird, ergeben es nur zu deutlich, daß man jene Grundſätze gerade in den Streitigkeiten, welche ſofort ihre Entſcheidung daraus hernehmen, faſt gänzlich außer Acht gelaſſen hat, und daß mithin eine nähere Anrege derſelben nicht überflüſſig ſei.

§. 101.

Kurze Widerlegung verſchiedener Irrthümer.

Zu den Mißbräuchen und Irrthkmern, welche nach und nach in dieſer Hinſicht eingeſchlichen ſind, hat ein höchſtſeltſamer Gebrauch der Lehren des Chri-

2) *Car. Frid.* Walch *introd. in controuers. iur. ciu.* Sect. I. Cap. 2. M. I. §. 13. edit. 3. §. 15.

ſtenthums in gerichtlichen Streitigkeiten, vorzüglich aber auch die Mißdeutung einiger Stellen in unſern Rechtsbüchern Anlaß gegeben. Wem iſt z. B. unbekannt, 1) daß ſogar angeſehene Rechtslehrer die Injurienklagen für unrecht und verwerflich gehalten haben, weil ſie mit den Grundſätzen der Chriſtlichen Sittenlehre im Widerſpruch ſtänden [1]. Nicht minder ſind auch die Römiſchen Geſetze [2], welche im Allgemeinen den Richter auf Billigkeit verweiſen, jedoch unter dem Worte aequitas wirklich die Vorſchriften des natürlichen Zwangsrechts verſtehen, dennoch dahin gemißdeutet worden, daß man am Ende gar, unter Vorſchub des Chriſtenthums, bei gänzlich fehlenden vollkommenen Anſprüchen die ſogenannte implorationem iudicis eccleſiaſtici ad euitandum peccatum zu geſtatten pflegte [3]. Ein Mißbrauch, welcher ſich dergeſtalt verbreitet hatte, daß mehrere Gelehrte es der Mühe werth fanden, ſich mit einer umſtändlichen Widerlegung deſſelben zu beſchäftigen [4]. Wenn nun gleich dieſer Irrthum ſich überhaupt in der Anwen-

1) J. C. Schmidt practiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1253.

2) L. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco. L. 90. L. 183. D. de Reg. iur. L. 8. C. de iudiciis.

3) *Frid. Alexand.* KÜNHOLD de imploratione officii iudicis actionum forenſium vicario. Lips. 1720.

4) *Juſt. Henning* BOEHMER Iur. eccleſ. proteſtant. Lib. 1. Tit. 32. *Henr.* WAGNER Meditat. ad Boehmeri doctrin. de action. Sect. 1. Cap. 2. §. 29.

wendung merklich verloren, ja in proteſtantiſchen Gerichten als allgemeiner Grundſatz gänzlich aufgehört hat, ſo findet man doch in mancher beſondern Hinſicht noch immer fortdaurende ähnliche Unrichtigkeiten und Mißbräuche des richterlichen Amts. Dahin gehöret 3) der Satz, welchen auch die neueſten Lehrbücher noch aufnehmen, daß, obgleich die ſogenannte unvollkommene Verbindlichkeit nicht durch Klagen verfolgt werden könne, dennoch die vorhandene Liebespflicht an ſich condictionem indebiti eben ſo, wie die Zwangspflicht hindere [5]), da doch die Geſetze ſelbſt dieſes nur in einigen beſondern Fällen beſtimmt haben, woraus man keine Regel fürs Allgemeine machen ſollte. Ich habe indeſſen dieſen Punkt bereits oben §. 49. wie auch in einer daſelbſt angeführten beſondern Schrift mit mehrern erläutert, weshalb ich mich hier einer Wiederholung überheben kann. Wenn hiernächſt 4) L. 183. *de reg. iur.* geſagt wird: Etſi nil facile mutandum eſt ex ſolemnibus, tamen ubi aequitas euidens poſcit ſubueniendum eſt: ſo iſt es gewiß nicht weniger unſchicklich, mit Hülfe dieſer Worte bloße Pflichten der Menſchenliebe ohne weitere beſondere Vorſchrift der poſitiven Geſetze vor das äußere Forum zu ziehen, als es widerrechtlich iſt, vermöge gedachter Regel die Beobachtung der Teſtaments-

 feier-

5) Hellfeld iurispr. ſorens. §. 829.

feierlichkeiten in mehrern Fällen nachzulaſſen, als die Geſetze ſelbſt ausdrücklich genannt haben. Denn der ganze Zuſammenhang jener Worte des Marcellus in L. 7. D. *de in integr. restit.* zeigt es deutlich, daß ſie eigentlich nur den Grund bezeichnen ſollen, weshalb denen, die ihrer Abweſenheit wegen die Form des Proceſſes nicht gehörig beobachten können, eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand angedeien ſoll, woraus alſo das Unſchickliche der weitern Anwendung von ſelbſt erhellet. Ueberhaupt iſt es ein bekannter Fehler, deſſen ſich die Ausleger des Römiſchen Rechts ſehr oft ſchuldig machen, daß ſie die in dem Titel de regulis iuris vorkommenden Rechtsprincipien nach Maßgabe des Wortverſtandes als allgemeine Geſetzliche Vorſchriften zur Anwendung bringen, ohne zu bedenken, daß dieſe Fragmente ſich häufig nur auf einzelne Rechtsmaterien beziehen, oder auch bloß zur Erläuterung beſonderer Anordnungen des ältern Civilrechts dienen ſollen, und daß es daher deſto nöthiger ſei, mit Hülfe der Inſcription den eigentlichen Zuſammenhang der Worte genau zu prüfen. Noch weniger iſt aber 5) auf ſolche ſogenannten Rechtsregeln zu achten, die man gar nicht einmal in den Geſetzen ſelbſt antrifft, ſondern welche nur von den Auslegern bei Gelegenheit gewiſſer einzelnen Vorſchriften aufgeſtellt ſind. Dahin gehört vorzüglich das bekannte:

Quod

Quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli. Die Geſetze diſponiren dieß eigentlich nicht. Was ſie wirklich enthalten, und woraus endlich der erwähnte Satz gebildet worden iſt, ſind folgende Worte des Paullus L. 2. §. 5. D. *de aqua et aquae pluu. arcend.*: „Opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere aduerſus vicinum si velim aggerem *restituere* in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nil nociturus est. Haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur.“ Den beſondern Fall aber, worauf ſich dieſes eigentlich beziehet, ergeben die Anfangsworte der gedachten Stelle noch genauer: Aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua *mihi noceret*. Wer ſiehet alſo nicht, daß jene Regel, wie ſie gewöhnlich lautet, hier gar nicht vorkommt. Es ſoll der Nachbar berechtigt ſein, auf meinem Lande einen Damm wieder herzuſtellen, weil mir dieſes ganz unſchädlich iſt, hingegen es ihm zum Nachtheil gereichen würde, wenn die Herſtellung unterbliebe. Die Worte: prodesse potest, deuten daher in natürlicher Verbindung mit den vorhergehenden darauf, daß wirklicher Nachtheil durch gewiſſe Unternehmungen auf fremden Grund und Boden abgewandt werden ſoll. Nicht aber wird der Nachbar berechtigt, bloß zu ſeinem Vortheile ſich des Meinigen

zu

zu bedienen, geſetzt auch, daß ich in der That nicht den mindeſten Schaden davon hätte. Der gewöhnliche Satz, quod tibi non nocet alteri vero prodest, ad id poteris compelli, ſo wie man ihn außer jenem Zuſammenhange vorbringt, führt natürlich zu Mißbräuchen und Eingriffen in die Freiheit und Rechte des Privateigenthums, welche die Geſetze ſelbſt doch gar nicht geſtatten. Dieſe Faſſung der Regel kommt auch mit ihrer Quelle ſchon darum nicht überein, da der Eigenthümer nach Vorſchrift des Geſetzes in dem Seinigen nur etwas zulaſſen ſoll, nicht aber ſchuldig erklärt wird, dasjenige, was ihm unſchädlich iſt, einem andern zu leiſten; folglich iſt der allgemeine Zuſatz: ad id poteris compelli, wiederum zu willkührlich von den Auslegern beigefügt, und dem Sinne nicht genau genug angemeſſen. Folgende Worte des **Georg Beyer** [6]) verdienen hier angemerkt zu werden: Quantus sit abusus Legis 2. §. 5. *de aqua et aquae pluu.* praesertim apud eos, qui humaniora iuris alto supercilio despiciunt, dici vix potest. Generalem inde exsculpunt regulam, quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli. Unde quoties thesis reperitur, aequitate quadam suffulta, quin et saepe in eorum cerebro orta, eam auctoritate huius regulae muniunt.

6) *Georg* Beyer Exercitationes thematum ex vario iure selectorum. Lips. 1703. exercit. 1. §. 4.

niunt. Concedo te posse compelli ad *paciendum*, si quid agam, quod mihi prodest, et tibi non nocet, de quo causa dicta lex 2. loquitur. Nego te posse compelli *ad faciendum* aliquid. Id enim si admitteretur, corrueret tota doctrina de differentiis iuris perfecti et imperfecti, et quilibet ad res meas ipsi commodandas contra rationem iuris ciuilis auctoritate iudiciali me cogeret, quum tamen ipsa lex citata diserte dicat, neminem cogi posse ut vicino prosit, sed ne noceat. Praestaret itaque hanc legem quae ad materiam tituli ad Exhibendum plane non pertinet, ex eodem et aliis titulis plane expungere, quum verus sensus sit: *Nemo me prohibere potest, quo minus in meo faciam quod mihi prodest et ipsi non nocet, sed id pati omnino tenetur.* Soll nun Statt der bisherigen Regel eine andere in der Eigenſchaft einer allgemeinen Vorſchrift eintreten, ſo iſt freilich die Abänderung, welche Beyer am Ende anräth, ſchicklicher; aber ich ſehe nicht ein, wie er dieß verum sensum citatae legis 2. nennen konnte; denn das Geſetz redet ja ausdrücklich von dem, was Jemand auf fremdem Grund und Boden, nicht aber auf dem Seinigen zu unternehmen befugt ſei, und auch da läßt ſich nicht behaupten, daß der Eigenthümer allemal ſchuldig ſei, zu leiden, was ihm nicht ſchadet, und einem andern nutzet, ſondern

es

es beſchränkt ſich alles auf die beſondern Fälle, wo die Geſetze es nahmentlich vorgeſchrieben haben, und in dieſen beſondern Fällen iſt der gedachte Grundſatz ratio legis, mit nichten aber eine allgemeine Vorſchrift —. Dieß mag in Rückſicht der Hauptquellen, woraus ſo viele einzelne Irrthümer von Zeit zu Zeit veranlaßt ſind, genügen. Zum Beſchluß noch einige beſondere Beiſpiele.

§. 102.

Fortſetzung.

Man hat gefragt: ob ein gemietheter Dienſtbothe, den ſeine Krankheit behindert, die ſchuldigen Dienſte zu leiſten, dennoch den völligen Lohn zu fordern berechtigt ſei? Einer jeden nicht lange daurenden Behinderung wegen, ſogleich den Lohn zu kürzen, würde freilich ſehr hart, und ſelbſt den Rechten zuwider ſein [1]). Die Frage betrifft eigentlich den Fall, wenn die Krankheit des Bedienten ſo anhaltend iſt, daß der Herr eine beträchtliche Zeit hindurch, oder gänzlich der Dienſte hat entbehren müſſen. **Leyſer** [2]) hält dafür, daß der Bediente auch dann den völligen Lohn fordern könne. **Struben** [3]) hat ihn aber gründlich widerlegt. Geſetze, die

1) L. 27. *Locati conducti* Voet Comment. ad Pand. Tit. cit. §. 27.

2) Leyser Spec. 212. Med. 5.

3) **Struben** Rechtl. Bedenken. Th. 3. N. 69.

die der Meinung des **Leyſer** beipflichten, giebt es nicht, wie ſein angeführter Gegner deutlich gezeigt hat; das natürliche Zwangsrecht iſt aber der Forderung des Bedienten unſtreitig entgegen [4]), und es bleibt daher höchſtens nur eine Liebespflicht in Anſehung des Dienſtherrn übrig, wobei aber einestheils folgende Bemerkung des **Struben** ſehr richtig iſt: „Nicht ſelten beſchwert es den Herrn mehr, doppel„ten Lohn zu geben, als den Dienſtbothen, deſſen „auf einige Zeit zu entbehren. Mancher Bürger „und Bauer, dem es ſauer fällt, ſeinen Lebens„unterhalt zu erwerben, kann eines Knechts oder ei„ner Magd nicht entrathen, aber keine zwei ernäh„ren; dahingegen die kranken Dienſtbothen vielfältig „von ihren Eltern eben ſo leicht erhalten werden kön„nen, welche mehr verpflichtet ſind, ſich ihrer anzu„nehmen, als der Brodtherr;“ anderntheils aber entſcheidet ſich, nach Anleitung unſerer obigen Grundſätze, der ganze Streit dadurch von ſelbſt, daß die völlige Bezahlung des Lohns, weil ſie doch immer nur auf eine Liebespflicht hinausgehen würde, durch richterliche Hülfe ohne Beiſtand klarer Geſetze nicht zu erzwingen iſt [5]). — 2) Man iſt ferner darüber uneinig,

4) Cocceii ad *Grotium* de iure belli et pacis. Lib. 2. Cap. 12. §. 18. pag. 202. Wolff Iur. Natur. Part. IV. §. 1262.

5) Titius ad *Lauterbach*. Obseru. 603.

nig, ob Brüder und Schweſtern einander zu ernähren ſchuldig ſind? Die gewöhnliche Meinung iſt noch immer dafür, dieſe Verbindlichkeit zu bejahen; wiewol von einigen das Gegentheil behauptet wird [6]). Ohne Zweifel verdient das leztere den Vorzug. Nach dem Naturrechte iſt die erwähnte Verbindlichkeit an ſich nur eine unerzwingliche Pflicht der Menſchenliebe, und ſie kann daher nur in ſo fern in eine vollkommene und erzwingbare Schuldigkeit übergehen, als die bürgerlichen Geſetze es ausdrücklich verordnet haben. Die beſondern Vorſchriften aber, woraus die gemeine Meinung eben dieſes herleiten will, gehören theils gar nicht hieher [7]); theils

6) *Frid.* Behmer nou. iur. controu. T. 2. Obs. 150. *Frid.* Popp Diss. de imperfecta fratrum sororumque ad se inuicem alendos obligatione. Altorfii 1780. Unter den Vertheidigern der gemeinen Meinung geht wohl Leyser am weiteſten, da er nicht allein Spec. 325. Med. 1. 2. zwiſchen Eltern und Kindern, Brüdern und Schweſtern, dieſe Verbindlichkeit behauptet, ſondern ſogar Spec. 324. Med. 1. 2. überhaupt die Schuldigkeit einem Dürftigen Alimente zu reichen, als eine Zwangspflicht vertheidigt, und die unterlaſſene Erfüllung derſelben als Verbrechen geahndet wiſſen will, wenn der Dürftige dadurch umgekommen ſein ſollte. Er hat dieſe Zwangspflicht nicht bewieſen. Die Stellen aus Gratians Decret, worauf er ſich beruft, deuten in ihrer unbeſtimmten Faſſung es ſogleich an daß ſie im Ganzen die Sache nur als Gewiſſenspflicht einſchärfen ſollen.

7) Nou. 89. Cap. 12. §. 6. L. 73. §. 1. D. de iure dotium.

theils aber bezielen ſie bloß die Frage: ob ein Vormund in gewiſſen Verhältniſſen den Geſchwiſtern ſeines Pupillen dieſe Liebespflicht zu erzeigen habe [8])? welches aus beſondern Gründen bejahend entſchieden wird. Denn da der Pupill ſelbſt noch nicht über das Seinige diſponiren kann: ſo iſt es nicht unbillig, dem Vormunde die Erfüllung ſolcher Pflichten zu überlaſſen, von denen zu vermuthen iſt, daß der Pupill ſich ihnen nicht entziehen würde, wenn er die Verwaltung des Seinigen ſelbſt hätte. Man findet es unbillig, die Geſchwiſter darum Noth leiden zu laſſen, weil derjenige, der ihnen zu Hülfe kommen könnte, und billiger Vermuthung nach auch helfen würde, nicht im Stande iſt, über das Seinige zu verfügen. Ganz anders aber verhält ſich die Sache, wenn die Erfüllung dieſer Lie-

 bes-

dotium. Denn was die erſtere Stelle von der Schuldigkeit der ehelichen Kinder, ihre natürlichen Geſchwiſter zu ernähren, verordnet, gehet eigentlich dahin, daß jene als alleinige Erben ſolches thun ſollen. Die zweite Stelle ſagt kurz nur dieſes: „Eine Frau mache „keinen üblen Gebrauch von ihrem Heirathsgute, und „es könnte ihr daher auch während der Ehe eingehändigt werden, wenn der Zweck wäre, ut egentem fra„trem sororemue sustineat;“ vorausgeſetzt, daß ſie freiwillig dazu bereit iſt; aber daß ſie es thun müſſe, davon ſteht hier kein Wort. Ueberhaupt findet man an dieſer Stelle eigentliche verba dispositiua gar nicht.

8) L. 13. §. 2. D. de admin. et peric. tutor. L. 4. D. ubi pupill. educ. L. 1. §. 3. D. de tutel. et ration. distrah.

beſpflicht von dem verweigert wird, der die alleinige Diſpoſition über das Seinige ſchon ſelbſt hat. Ich gebe es gern zu, daß Geſetze, welche richterlichen Zwang gegen ihn geſtatteten, nicht ungerecht ſein würden; aber darf es ohne ſolche Geſetze auch der Richter thun? das iſt es, was ich nach obigen Grundſätzen mit Recht zu verneinen glaube. 3) Ob es gleich in einigen Fällen ſehr löblich, ja nach Verhältniß der Perſonen und Umſtände Pflicht eines gewiſſenhaften Erben ſein kann, den letzten Willen des Verſtorbenen ganz zu erfüllen, ohne von den bürgerlichen Geſetzen, wonach derſelbe entweder ganz oder zum Theil nicht beſtehen würde, Gebrauch zu machen, ſo iſt doch nicht abzuſehen, wie man hat behaupten können, daß jeder Erbe dazu in ſeinem Gewiſſen verbunden ſei [9]), da doch das

9) Schulting de obligat. naturali. Cap. 12. fin. *Ulric.* Huber Digression. Iustinian Lib. IV. Cap. 34 — 37. haben dieſen Irrthum bündigſt widerlegt. Wenn unſere Civilgeſetze bisweilen ſelbſt das Daſein einer ſolchen Verbindlichkeit behaupten, ſo ſieht man ſogleich aus dem Inhalte, daß dabei die beſondern Verhältniſſe eines beſtimmten Falles zum Grunde liegen, z. B. L. 38. D. *de fideicommiss. libertat.* Was der fromme Brunnemann und Conſorten daraus im allgemeinen folgern, iſt grundfalſch. Die Stellen, welche Westenberg de causis obligationum Dissert. I. Cap. 4. §. 11. anführet, um naturalem obligationem ex testamento minus solemni überhaupt darzuthun, beweiſen hier gar nichts. z. B. §. 40. I. de rer. divis.

das Anſehen und die verbindende Kraft eines bürgerlichen Inſtituts an ſich nicht weiter gehen kann, als es die Geſetze ſelbſt verordnet haben, und wenn etwa ja das Verhältniß zwiſchen dem Erblaſſer, dem Erben, und dem, der in der ungültigen Dispoſition bedacht worden iſt, hin und wieder eine Gewiſſenspflicht der Dankbarkeit und Menſchenliebe zur Erfüllung des letzten Willens begründen ſollte: ſo iſt doch dieſes alles zu ſehr von individuellen Beziehungen, von den Vermögensumſtänden, Bedürfniſſen, und dem gegenſeitigen Betragen der Parteien abhängig, daß ſich darüber, ſelbſt was die Liebespflicht an ſich betrifft, im Allgemeinen nichts gewiſſes beſtimmen läßt. Kein Geſetz aber hat die Gerichte angewieſen, darauf Rückſicht zu nehmen, ja ſie geſtatten ſogar, wenn die Zahlung aus einem Irrthum geſchehen ſein ſollte, die Zurückforderung derſelben [10]). Sollte indeſſen Jemand einen ſolchen letzten Willen wiſſentlich erfüllt, oder ſich frei-

nis. wo es von dem derivativen Erwerb des Eigenthums heißt: Nihil tam conueniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi. Wie gehöret das hieher? Bei den übrigen Stellen, welche er anziehet, L. 2. und L. 32. C. *de fideicommissis*, fällt das Inconſequente eben ſo ſehr auf.

10) L. 7. C. *de condict. indeb.* L. 9. C. *ad Leg. Falcid.* Westenberg cit. l. §. 13. Schulting loc. cit.

willig, es ſei nun ſtillſchweigend oder ausdrücklich, zur Erfüllung anheiſchig gemacht haben, ſo iſt er freilich in der Folge daran gebunden, jedoch unter der billigen Einſchränkung, welche jede Entſagung unſerer Rechte mit ſich bringt, daß dergleichen in Einem Punct geſchehene Anerkennung des ſonſt ungültigen Teſtaments, nicht auf andere Puncte ausgedehnt werden dürfe; wofern ſie nicht mit jenem in einer ſolchen Verbindung ſtehen, welche das Gegentheil nothwendig mit ſich bringt.

Achter Abſchnitt.

Vom Pfandrechte, wegen bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten.

---

§. 103.

Einleitung.

Es iſt zwar nicht ganz einerlei, ſondern in Anſehung des rechtlichen Effects ein großer Unterſchied, ob die Hauptſchuld, derentwegen die Verpfändung geſchehen iſt, in einer bürgerlich vollgültigen, oder bloß natürlichen Verbindlichkeit beſteht. Indeſſen haben wir mehr als eine geſetzliche Vorſchrift, wonach die Gültigkeit der Verpfändung an ſich auch bei Verbindlichkeiten letzterer Art allerdings zu behaupten iſt. Dieß beſtätigen L. 5. pr. D. *de pignoribus*:

Res

Res hypothecae dari posse sciendum est, pro quacunque obligatione, — vel pro ciuil, vel honoraria, *vel naturali;* imgleichen L. 14. §. 1. ibid.; Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseuerare constitit; ferner L. 101. D. *de solut.:* Paullus respondit, quum creditor pignus distraheret, licere ei, pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, *quae natura tantum debeatur;* verglichen mit L. 5. § 2. ibid. Ob aber bei dieſer Gültigkeit des Pfandrechts an ſich, auch eben die gerichtliche Wirkung deſſelben eintrete, welche ſonſt bei völlig klagbaren Verbindlichkeiten Statt findet, folglich der Gläubiger, wenn auch die Hauptſchuld nur in einer bloß natürlichen Verbindlichkeit im ſtrengern Verſtande beſteht, dennoch das Pfand nicht nur retiniren, ſondern auch vermittelſt der hypothekariſchen Klage ſowol gegen den Hauptſchuldner, als auch gegen den dritten Beſitzer, verfolgen könne? iſt eine Frage, welche man bisher nicht genau und vollſtändig genug zu unterſuchen ſich hat angelegen ſein laſſen. Es kann aber das Pfand beſtellt ſein, entweder von dem Schuldner ſelbſt, oder vermittelſt der Interceſſion von einem Andern [1]). Letzteres hängt natürlich von den Grundſätzen ab, welche von Interceſſionen und Bürgſchaften in dieſer Hinſicht über-

1) L. 5. §. 2. D. *de pignorib.* L. 2. D. *Quae res pign.* Erxleben de pignoribus, §. 10.

haupt gelten. Davon alſo im folgenden Abſchnitte mit Mehrerm. Das Erſtere iſt es, womit wir uns hier zu beſchäftigen haben.

§. 104.

1) Wenn die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhört, ſo fällt auch das Pfandrecht weg —. 2) Ueber die vermeinten Ausnahmen von dieſer Regel.

Da das Pfandrecht ſeinem Begriffe nach ein acceſſoriſches Recht iſt, und lediglich die Bedeckung einer Hauptſchuld zur Abſicht hat, ſo liegt es in der Natur der Sache, daß es ſich ohne Hauptſchuld ſchlechterdings nicht gedenken laſſe. Gleichwol iſt in L. 2. C. *de luit pign.* folgendes verordnet: Intelligere debes, vincula pignoris durare, perſonali actione ſubmota. Unſern beßten Kritikern hat dieſes Geſetz Schwierigkeiten gemacht, und wenn wir der Meinung des **Hugo Donell** [1]) beipflichten wollen, ſo iſt es mit der Analogie gar nicht zu vereinigen, weshalb er auch mittelſt Einſchiebung der Negation zur Verbeſſerung des Textes ſeine Zuflucht nimmt: vincula pignoris NON durare etc. und ſich dadurch freilich am kürzeſten aus der Sache hilft —. **Cujaz** iſt hier beſcheidener, und will die angeführten Worte auf den Gegenſtand der vorhergehenden Verordnung

gedeutet

1) *Hugo* DONELLUS Comment. in Libr. VIII. Cod. Tit. 31. pag. m. 659.

gedeutet wiſſen, als worin enthalten iſt, daß ein Miterbe durch Bezahlung ſeines Antheils an der Hauptſchuld noch nicht den geringſten Theil des Pfandes frei mache, weil das Pfandrecht untheilbar iſt, und nicht eher aufhört, als bis die ganze Pfandſchuld getilgt worden [2]). Es giebt aber auch außer der nächſt vorhergehenden Stelle noch mehrere Geſetze, welche dem Gläubiger die Verfolgung ſeines Pfandrechts erlauben, ob er gleich keinen perſönlichen Anſpruch weiter anbringen darf [3]), welches die Gelehrten veranlaßt hat, dieſe Fälle, vermöge der angeführten L. 2. C. de luit. pign. als wirkliche Ausnahmen von der Regel, daß ohne Hauptſchuld kein Pfandrecht Statt finde, anzumerken. **Erxleben** erklärt die Sache ſo: Accessoria sunt duplicis generis. Nam vel per se non subsistunt, vel sublata re principali adhuc possunt cogitari. In ultima classe pignus suum occupat locum [4]). Ich zweiſle aber ſehr, ob die Sache ſich wirklich ſo verhalte, und ob nicht vielmehr der zu Anfange dieſes §. angeführte Grundſatz unter diejenigen gehöre, welche ſchlechterdings keine Ausnahmen leiden. Denn beſteht das Weſen des Pfandes

2) *Jac.* Cuiacius Lib. 5. Obseru. Cap. 32. und Lib. 15. Cap. 23. Dieſem pflichtet bei E. C. **Weſtphal** vom Pfandrechte, §. 9. Entgegen iſt ihnen Bachov de pignoribus, Lib. IV. Cap. 2. p. m. 361.

3) L. 30. §. 1. ad L. aquil. L. 59. ad S. C. Trebell.

4) Erxleben de pignoribus, §. 6.

darin, daß es zur Bedeckung und Sicherheit einer Schuld gereichen ſoll, ſo iſt nicht abzuſehen, wie es Statt finden könne, wenn an ſich gar keine Hauptſchuld vorhanden wäre, oder dieſelbe ganz aufgehört hätte, und das müßte doch in den Fällen zutreffen, welche ſich wirklich zu Ausnahmen von jenem Grundſatze qualificiren ſollten. Es ſetzt aber das Weſen und der Begriff des Pfandes nichts mehr voraus, als das Daſein eines Rechts und einer Verbindlichkeit an ſich, wozu jedoch, wie wir ſchon mehrmalen bemerkt haben, nicht immer erfordert wird, das dieſes Recht und dieſe Verbindlichkeit auch in bürgerlichen Gerichten völlig wirkſam ſei. Das letztere kann in mancher Hinſicht wegfallen, und darum nichts deſtoweniger Recht und Verbindlichkeit an ſich vorhanden ſein und fortdauern. Wenn alſo die obige Regel das Daſein einer Hauptſchuld an ſich erfordert, ſo iſt es einestheils nicht nothwendige Folge, daß dieſe Hauptſchuld völlig wirkſam und klagbar ſein müſſe, und anderntheils enthalten die Fälle, wo etwa dem Pfandgläubiger **keine perſönliche Klage** zuſteht, keine Ausnahme von jener Regel, weil die Hauptſchuld ſelbſt noch nicht aufhört, wenn ſie auch mittelſt gerichtlicher Klagen etwa nicht verfolgt werden kann. Schon die im vorigen §. angeführten Geſetze, wonach das Pfandrecht allerdings beſteht, wenn die Hauptſchuld eine bloß natürliche Verbindlichkeit iſt, über-

überzeugen uns davon völlig; und ſolchemnach ent-
halten auch die Geſetze, welche man als Ausnahmen
von jener Regel anzuführen pflegt, dergleichen eigent-
lich gar nicht. Denn in L. 2. C. *de luit, pign.* ſteht
nicht, daß das Pfandrecht bei gänzlich fehlender
Hauptverbindlichkeit fortdauern könne; — ſon-
dern ausdrücklich lauten die Worte dahin: vincula
pignoris durare *perſonali actione* submota. Man
hat alſo gar nicht Urſache, mit **Hugo Donell** die
Richtigkeit des Textes zu bezweifeln, auch nicht mit
Cujaz dieſe Worte lediglich auf den Fall, deſſen in
der nächſt vorhergehenden Stelle erwähnt wird, zu
beſchränken, noch weniger eine Ausnahme von der
Regel, daß kein Pfand ohne Hauptſchuld Statt fin-
de, daraus herzuleiten. Die Geſetze wiſſen davon
nicht. Denn, was den Fall in L. 1. C. *de luit. pign.*
betrifft, ſo hört ja dadurch, daß ein Miterbe bezahlt,
nicht die **ganze** Schuld auf. Das Pfandrecht kann
aber, ſeiner Natur nach, auch gegen denjenigen aus-
geübt werden, welchen ſelbſt die perſönliche Schuld
nicht angeht, und das muß ſich alſo auch der Miterbe
gefallen laſſen, welcher ſeinen Antheil der Haupt-
ſchuld bezahlt hat; folglich findet ſich hier gar keine
Ausnahme von der Regel, welche nur will, daß die
Hauptſchuld nicht gänzlich aufgehoben ſein müſſe,
wenn das Pfandrecht gelten ſoll, keineswegeſ aber,
daß derjenige, gegen den das Pfandrecht ausgeübt

wird, der Hauptſchuldner ſein müſſe, woraus die Abſurdität folgen würde, daß die im Weſen des Pfandes liegende Befugniß, ſolches gegen einen Dritten zu verfolgen, unter die Ausnahmen von jener Regel gehöre. Eben ſo wenig findet man dergleichen auch in L. 30. §. 1. *ad L. aquil.* und L. 59. *ad S. C. Trebell.*; wol aber erhellet aus dieſen Geſetzen, daß immer eine wahre, obgleich übrigens nur bloß natürliche Hauptſchuld wirklich vorhanden ſein müſſe, um ein gültiges Pfandrecht zu behaupten. Solche Fälle hingegen, wo die Hauptverbindlichkeit an ſich ganz wegfiele, und doch das Pfand fortdaurete, finden wir nirgends [5]). Ich würde mich bei dieſer Unterſuchung nicht aufgehalten haben, wenn der Gegenſtand des gegenwärtigen Abſchnitts nicht vor allen Dingen ganz unumgänglich die bisherige Berichtigung erforderte, wie die Folge ſogleich mit Mehrerm zeigen wird.

§. 105.

Von den Fällen, wo das Pfandrecht in dieſer Hinſicht der Regel nach gänzlich wegfällt.

Ehe nun die Gültigkeit und Wirkung des Pfandes bei einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit in

5) Bachov l. c. p. 366. Averanius interpret. iur. Lib. 2. c. 12. Man ſehe auch J. C Francke Diss. de obligatione accessoria, principali quoad effectus ciuiles submota, nonnumquam valida. Viteberg. 1786.

in nähere Unterſuchung kommen kann, iſt vor allen Dingen auszumachen: ob in dem vorkommenden Falle überhaupt eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden ſei? Denn wo dieſe ſelbſt wegfällt, es ſei nun nach der Natur des Geſchäftes oder Vorganges an ſich ſchon, oder in Rückſicht auf das Verhältniß der Sache im bürgerlichen Zuſtande, da läßt ſich auch kein gültiges Pfandrecht denken [1]). Ob inzwiſchen unſere Syſteme und Lehrbücher dieſen Gegenſtand gehörig ins Licht ſetzen? iſt ſehr zu bezweifeln. Sie begnügen ſich faſt durchgängig mit dem Satze, daß wegen einer ſogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit kein gültiges Pfandrecht Statt finde. Man kommt aber nicht gänzlich damit durch; vielmehr iſt in dieſer Hinſicht noch mancherlei zu unterſcheiden. 1) Ob dem vermeinten Gläubiger die hypothekariſche Klage zuſtehe? Dieſe Frage hat keine Schwierigkeit. Ohne Zweifel fällt die gedachte Klage gänzlich weg [2]). Ob er aber 2) das ihm übergebene Pfandſtück herausgeben müſſe? iſt ſchon bedenklicher. Nach der gewöhnlichen Lehre, welche in den Fällen einer ſogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die Zurückforderung des Gezahl-

1) Argum. L. 1. D. de Verd. Obl. L. 6. D. de Solut. Claproth iurisprud. heurem. §. 209. num. II. Schmidt de fideiussore plane non obligato. §. 150.

2) Argum. L. 127. D. de Verb. Obl.

Gezahlten ohne Unterſchied zuläßt, müßte man behaupten, daß eben dieß auch in Anſehung des Pfandes allerdings Statt finde. Ich glaube aber am Ende des vierten Abſchnitts überzeugend dargelegt zu haben, daß der Regel nach bei verbotenen Verträgen und Geſchäften das einmal Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden könne, und daß die Zuläſſigkeit des letztern nur als Ausnahme von der Regel da eintrete, wo es die Geſetze wirklich geſtattet haben. In allen den Fällen alſo, wo zwar die natürliche Verbindlichkeit zur Bezahlung ganz wegfällt, wo aber dennoch keine Zurückforderung des Einmal Bezahlten Statt findet, wovon wir bereits oben §. 76. mehrere Beiſpiele angeführt haben, kann zwar der vermeinte Gläubiger des Pfandes wegen nicht klagen, aber die Zurückforderung der ihm übergebenen Pfandſtücke iſt aus eben den Gründen, welche wir am erwähnten Orte angeführt haben, durchaus unzuläſſig. Iſt hingegen der angebliche Gläubiger ſchuldig, wegen mangelnder Verbindlichkeit die Bezahlung wieder herauszugeben, ſo kann er ſich auch der Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht entgegen legen, weil ihm dieſes ja zum Zweck einer Zahlung gegeben worden iſt, welche er den Rechten nach nicht behalten darf [3]).

§. 106.

3) L. 1. §. 3. D. de cond. sine causa.

§. 106.

Anwendung dieſer Grundſätze auf einzelne Fälle.

Das iſt nun der Fall bei ſolchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielſchuld, imgleichen von einem Verſchwender im rechtlichen Verſtande [1]), von einem Pupillen und Minderjährigen ohne des Vormundes Einwilligung [2]), geſchehen ſind.

3) Sollte in Fällen dieſer Art nicht das ganze Verſprechen, wofür die Verpfändung geſchehen iſt, ſondern nur die Ueberſchreitung einer gewiſſen Summe unverbindlich ſein, ſo iſt es klar, daß das Pfandrecht für den gültigen Theil der Hauptſchuld allerdings zu Recht beſtehe, daß es aber in ſofern ganz unwirkſam ſei, als die natürliche Verbindlichkeit ſelbſt wegfällt. Zum Beiſpiele dient der verbotene Wucher [3]), die Schenkung über 500 Soliden u. d. m. Da es übrigens

4) der Wirkung nach, und in Rückſicht auf das äußere Forum völlig einerlei iſt, ob in dieſem oder jenem Falle in der That gar keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden ſei, oder ob der Richter nach förm-

1) L. 10. pr. D. de curat. furioſi. L. 6. de verbor. obl. L. 40. D. de reg. iur.

2) L. 1. pr. quae res pign. L. 1. §. ult. de Reb. eor. qui ſub tut.

3) L. 29. D. de uſuris. L. 27. C. eod. L. 11. §. 3. D. de pignor. act.

förmlichen Rechten die Sache ſo zu behandeln habe, als wenn dergleichen nicht Statt fände, ſo ſieht ein Jeder, daß die geſchehene Verpfändung wegfällt, und ihre ganze Wirkung verliert, wenn der Schuldner durch rechtskräftige Sentenz, ſei es auch ein ungerechtes Urtheil, von der Hauptſchuld losgeſprochen worden iſt [4]); und die Gründe, woraus wir oben erwieſen haben, daß einem rechtskräftig abſolvirten Schuldner die eigentliche condictio indebiti nicht zu verſagen ſei, überzeugen uns auch davon, daß er mit Recht die verpfändeten Sachen, wenn ſie in den Beſitz des Gläubigers gekommen ſein ſollten, von ihm wieder zurückfordern könne.

5) Da die bekannte Verordnung in L. *un. Cod. etiam ob chirograph. pecun.* ein bisher wirklich vorhandenes Pfand in des Gläubigers Beſitze vorausſetzt: ſo folgt von ſelbſt, daß der vermeinte Pfandgläubiger von jener Verordnung, und dem darin auch wegen anderer Forderungen gebilligten Retentionsrechte, in dem Falle gar keinen Gebrauch machen könne, wo die Eigenſchaft eines Pfandes wegen Ungültigkeit der Hauptſchuld gleich von Anfang nicht Statt gefunden hat.

6) Da es ſich endlich in einigen Fällen, z. B. den Bürgſchaften der Frauensperſonen, den Verträgen

4) L. 13. D. Quibus mod. pign. vel hyp. solv. BACHOV de pignorib. Lib. V. Cap. I. §. 3. pag. 358.

gen der Minderjährigen u. ſ. w. zutragen kann, daß Verträge, die an ſich nach Vorſchrift der Geſetze ganz unverbindlich ſind, dennoch unter gewiſſen Umſtänden durch eidliche Beſtärkung, oder durch Genehmigung in der Folge einen rechtlichen Beſtand erlangen können, ſo muß auch unter dieſen Verhältniſſen die Verpfändung allerdings zu Recht beſtehen.

§. 107.

Ueber das Pfandrecht wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten im ſtrengen Verſtande.

Ganz von dem Gegenſtande des vorigen §. verſchieden ſind diejenigen Fälle, wo die Hauptſchuld an ſich nicht fehlt, obwol dieſelbe nur in einer bloß natürlichen Verbindlichkeit beſtehet, und die gerichtliche Wirkung derſelben hin und wieder eingeſchränkt iſt. Dahin gehören nun die in der Einleitung zu dieſem Abſchnitte (§. 103.) angeführten Geſetze, welche im Allgemeinen ſo viel verordnen, daß die Verpfändung zu ihrer Gültigkeit nicht eben das Daſein einer bürgerlich vollgültigen und klagbaren Hauptverbindlichkeit vorausſetze, ſondern daß auch wegen einer bloß natürlichen Obligation im ſtrengen Verſtande (§. 55. 56.) ein an ſich gültiges Pfandrecht Statt finde. Bei dieſem allgemeinen Grundſatze laſſen es auch die Lehrbücher und Syſteme bewenden, obgleich, wie überall, eben ſo auch hier das Recht

an

an ſich, und die Ausübung deſſelben wol zu unterſcheiden ſind, folglich, wenn wir auch in Fällen dieſer Art dem Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht an ſich beilegen, dennoch immer die Frage übrig bleibt: in wie fern er im Wege Rechtens Gebrauch davon machen, und es gerichtlich verfolgen könne? ob z. B. der Gläubiger, dem das Senatusconſultum Macedonianum, oder irgend ein Creditedict, betreffend die Schulden der Studirenden und Soldaten, entgegen ſteht, wegen des vom Schuldner erhaltenen Pfandrechts die hypothekariſche Klage gegen den Verpfänder oder einen Dritten anzuſtellen berechtiget ſei? Vermöge jenes allgemeinen Satzes, ſollte man glauben, die Klage müßte geſtattet werden, wie denn auch **Hugo Donell** ſolches wirklich behauptet hat [1]). Zwar iſt **Schulting** anderer Meinung [2]), allein keiner von beiden hat ſich die Mühe genommen, etwas näher deshalb ins Detail zu gehen,

1) *Hugo* Donellus Comment. iur. ciu. Lib. XII. cap. 2. p. m. 11. in den Worten: Pignus aeque pro ciuili et naturali obligatione constitui potest, ut sic *per persecutionem* et retentionem pignoris debitum seruari possit, quod per se peti non potuit.

2) *Ant.* Schulting de naturali obligatione cap. 14. in den Worten: multo minus naturale vinculum sustulit Senatus, cui tamen vinculo naturam indulsit nonnihil anomalam, fideiussorem enim illi accedere permisit quidem et pignus, exceptio tamen fideiussorem conuenienti, vel pignus vindicanti obstabit.

gehen, und von der allgemeinen Behauptung in einzelnen hieher gehörenden Materien eine nähere Anwendung zu machen. Vor allen Dingen iſt zu bemerken, daß eigentlich hier nur von den Fällen die Rede ſein kann, da das Pfand, wo nicht zugleich neben der Hauptſchuld, doch wenigſtens unter den nämlichen Verhältniſſen der Perſonen und Sachen, welche die völlige Wirkſamkeit der Hauptſchuld hindern, errichtet worden iſt. Denn wäre die Verpfändung in der Folge allererſt unter ſolchen Umſtänden geſchehen, da eine Genehmigung oder wiederholte Zuſage von Seiten des Schuldners ſo gar die Hauptverbindlichkeit klagbar machen würde, ſo könnte freilich dem Gläubiger die Klage wegen des Pfandes nicht füglich verſagt werden [3]). Dieſe Fälle aber bei Seite geſetzt, macht es ſchon der Begriff des Pfandes ſehr bedenklich, deshalb eine Klage zu geſtatten, wenn die Hauptſchuld nicht klagbar iſt. Denn der ganze Zweck deſſelben geht ja dahin, daß die Hauptſchuld am Ende daraus bezahlt werden ſoll. Wenn nun die Geſetze in gewiſſen Fällen auf die Bezahlung der Hauptſchuld keine Klage geſtattet wiſſen wollen, ſo kann auch der Gläubiger in ſolchen Fällen die Pfandſtücke nicht füglich mittelſt einer Klage verfolgen, weil ſie ihm zum Zweck einer Bezahlung angewieſen ſind, derentwegen er den

3) L. 9. D. *ad S. C. Macedon.*

Rechten nach keine Klage haben ſoll; vielmehr muß er ſich bei den Rechtsmitteln, welche ihm die Geſetze überhaupt wegen der Hauptſchuld nachgelaſſen haben, z. B. dem Retentionsrechte u. ſ. w. begnügen. Um indeß der Sache noch näher zu treten, laſſen ſich hier nur zwei Fälle denken. Entweder der Gläubiger klagt des Pfandes wegen wider den Schuldner ſelbſt, oder wider einen dritten Beſitzer. Das letztere geht offenbar darum nicht an, weil der Beklagte verlangen darf, daß ihm bei Räumung der Pfandſtücke die Principalklage gegen den Schuldner abgetreten werde [4]), und dazu iſt ja der Gläubiger nicht vermögend, da ihm die Geſetze ſelbſt dieſe Klage verſagen. Aber auch im Erſten Falle iſt unſtreitig das nämliche zu behaupten, weil einestheils, wie ſchon erwähnt iſt, die Natur der Sache und Analogie des Rechts dem Gläubiger entgegen ſteht, indem ſeine Pfandklage in der That auf dasjenige abzielt, was die Geſetze ihm nicht zugeſtehen wollen, welche verordnen: ne tali creditori actio *petitioque* daretur. L. 1. D. ad S. C. maced.; und anderntheils, wenn wir beſonders auf

4) L. 19. D. *Qui pot. in pign.* Quaero an si ei creditori iustus possessor offerat, compellendus sit, ius nominis cedere? Respondi posse videri, non iniustum postulare. Weſtphal vom Pfandrechte. §. 281. *Ant.* FABER in Cod. Lib. 8. Tit. 31. Def. 7. und 17.

auf die Geldanleihen des filii familias, oder die Schulden der Studirenden und Soldaten gegen die Creditedicte Rückſicht nehmen, würde es grade der bequemſte Weg ſein, die ganze Verordnung zu eludiren, wenn der Gläubiger nur dafür ſorgen dürfte, daß der Verſchreibung die gewöhnliche Clauſul: bei Verpfändung meiner Haab und Güter, beigefügt werde, um deſto ſicherer künftig eine Klage anſtellen zu können, die ihm doch die Geſetze ganz abſprechen. Man ſage nicht, daß dieß zu viel beweiſe, und ſolchergeſtalt auch das Zurückbehaltungsrecht in Anſehung des Pfandes wegfallen müßte. Denn dieß haben die Geſetze dem Gläubiger wirklich nachgelaſſen, und die Fälle, wo davon ein Gebrauch zu machen iſt, ſind ſchon mit mehrerer Schwierigkeit verknüpft, weil ſich nicht ſo leicht vom Schuldner ein handhabend Pfand, als die ſchriftliche Verſicherung einer Hypothek überkommen läßt. Endlich aber können wir auch drittens unſere Behauptung mit mehrern geſetzlichen Stellen belegen, welche derſelben deutlich genug das Wort reden. So z. B. wird in L. 9. pr. D. *ad S. C. maced.* dazu, daß bei geſchehener Verpfändung die exceptio Senatusconsulti wegfallen, folglich eine Klage Statt finden ſoll, ausdrücklich vorausgeſetzt: Si *pater familias factus* rem pignori dederit. Wozu dieſe Vorausſetzung, wenn das Pfand an ſich ſchon den Effect der Klage mit ſich

führte? — In L. 11. C. *de uſuris* heißt es ſehr merklich: Pignoribus quidem interuenientibus uſurae quae ſine ſtipulatione peti non poterant, pacto *retineri* poſſunt. Hier wird alſo, der Verpfändung ungeachtet, dennoch dem Gläubiger wegen der an ſich nicht klagbaren Zinſen nur eine Einrede oder Zurückbehaltung zugeſtanden. Damit ſtimmt auch L. 101. D. *de Solut.* überein, und in L. 2. D. *Que res pignori* verglichen mit L. 9. §. 3. D. *de S. C. maced.* wird wider denjenigen, der ſeine Sachen für das Darlehn eines filii familias verpfändet hat, die Klage aus dem Pfandrechte ausdrücklich nur in ſofern geſtattet, als die Bezahlung der Hauptſchuld gegen ihn klagbar iſt. Solchemnach glaube ich nunmehr folgende Regel veſtſetzen zu können: **Die Verpfändung für bloß natürliche in Anſehung der gerichtlichen Wirkung eingeſchränkte Verbindlichkeiten iſt zwar an ſich gültig: es finden aber deshalb nur diejenigen Rechtsmittel Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptſchuld zuſtehen.**

§. 108.

Fortſetzung.

Ueber den Gebrauch der L. un. C. *et. ob chirograph. pecun.*

Hat alſo der Gläubiger wegen ſeiner Forderung

zwar

zwar nicht das Recht zu klagen, wol aber ſich durch Einreden, und beſonders durch das Retentionsrecht zu ſchützen, ſo kommt ihm auch das letztere in Anſehung des Pfandes unſtreitig zu Statten. Durch die bekannte Verordnung in L. un C. *et ob chirogr. pecun.* iſt aber dieſes Recht dahin erweitert worden, daß der Gläubiger die einmal erhaltenen Pfandſtücke auch wegen anderer Forderungen retiniren dürfe [1]), wenn gleich die eigentliche Pfandſchuld ſchon abgetragen worden iſt. Das Geſetz beſchränkt dieſe Befugniß des Gläubigers nicht auf klagbare Forderung, ſondern es heißt ganz allgemein: nisi ea quoque pecunia a debitore reddatur, vel offeratur, *quae sine pignore debetur etc.* Dieß paßt allerdings auch auf ſolche Forderungen, derentwegen nur eine natürliche Verbindlichkeit im ſtrengen Verſtande eintritt. Geſetzt alſo, der Gläubiger hat neben der eigentlichen Pfandſchuld noch andere Forderungen, es ſteht ihm aber in Anſehung derſelben das Macedonianiſche Senatusconſultum oder auch die Einrede der Verjährung entgegen, ſo iſt er nichts deſtoweniger berechtigt, die verpfändeten Sachen ſo lange zu retiniren, bis auch dieſe Schulden berichtiget worden ſind, indem in beiden Fällen immer noch eine wirkliche Schuld vorhanden iſt, und die dagegen geſtatteten Einreden bloß

1) Erxleben de pignoribus. §. 200. sequ.

die Klage des Gläubigers, nicht aber die übrigen Rechtsmittel ausſchließen.

§. 109.
Ueber die Wirkung des Pfandes nach eingetretener Präcluſion.

Wir haben bereits oben §. 94. die Wirkung der Präcluſion beim Concurſe der Gläubiger dahin angegeben, daß ſie eigentlich nur von den dermaligen Concursgütern ausſchließe, mithin auch denjenigen nur treffen könne, welcher aus den zur Concursmaſſe gezogenen Gütern eine Befriedigung ſuchen will. Hieraus, und in Betracht der §. 94. bereits bemerkten Gründe, iſt nun in Anſehung des Pfandrechts ſchon leicht zu erachten; daß dem Beſitzer eines handhabenden Pfandes die Präcluſion gar nicht nachtheilig werden könne [1]); imgleichen daß auch ein präcludirter hypo-

1) Der beſitzende Pfandgläubiger iſt freilich nach gemeinen Rechten ſchuldig, das Pfand zur Maſſe zu liefern. **Dabelow** vom Concurs der Gläubiger §. 142. welcher überhaupt die Lehre vom Retentionsrecht beim Concurſe überaus gründlich dargeſtellt hat. Allein ſeine Forderung bringt der gedachte Gläubiger immer noch zur rechten Zeit in Anrege, wenn jenes von ihm verlangt wird. Leyser Spec. 486. med. 2. in den Worten: Nam edictalis citatio, quae in principio concurſus decerni ſolet, eos ſolos obligat, qui ipſi agere et ius ſuum perſequi volunt, non eos, contra quos nomine concurſus actio inſtituenda eſt. Hi libellum et peculiarem citationem ſecuri expectant,

hypothekariſcher Gläubiger ſein Recht in der Folge immer noch gegen den Schuldner ſelbſt klagend verfolgen könne. Ob und in wie fern ihm aber eben dieſes auch gegen einen dritten Beſitzer der Hypothek zu geſtatten ſei? iſt eine Frage, bei welcher wir noch etwas verweilen müſſen. Angeſehene Rechtslehrer haben behauptet, daß ein hypothekariſcher Gläubiger, deſſen Unterpfand in der Concursmaſſe nicht mehr exiſtirt, nicht ſchuldig ſei, ſich bei dem Concurſe zu melden, ſondern daß er vielmehr den dritten Beſitzer ſofort belangen könne, ohne die Einrede der Excuſſion befürchten zu dürfen. Wenn aber der dritte Beſitzer das Pfand abgetreten, oder doch die Schuld bezahlt hätte, ſo geſtattet man dieſem, daß er ſich im Concurſe mit ſeiner Entſchädigungsforderung melden

pectant, neque *exceptiones*, quas habent, taciturnitate amittunt. Ex horum numero ſunt creditores *poſſidentes*. Hi, quamdiu pignus tenent, *actionem hypothecariam* non habent, ſed ſi ipſi deinde rei vindicatione conueniuntur, tunc exceptionem pignoris opponunt, quam ante inſtitutam contra ipſos actionem obiicere nulla ratione potuiſſent. L. 15. §. 5. D. *de re iud.* Mevius P. VII. Dec. 250. **Die Lehre von der Präcluſion**, Seite 62. Das Gegentheil vertheidigt **Dabelow** in der Lehre vom Concurs der Gläubiger §. 167. Anders verhält ſich freilich die Sache, wenn die Pfandbeſitzer in der Edictalcitation nahmentlich mit aufgefordert werden, ihre Anſprüche anzugeben.

könne [2]). Der Verfaſſer **der Lehre von der Präcluſion** hält dafür, daß man unterſcheiden müſſe: ob in foro concursus die Landesgeſetze, wenigſtens der Gerichtsgebrauch, dem dritten Beſitzer einer beſondern Hypothek die exceptio excussionis geſtatten oder nicht. Im erſten Fall verwirft er die Klage des präcludirten Gläubigers wider den dritten Innhaber des Pfandes, im zweiten läßt er ſie zu [3]). So viel iſt nun unſtreitig, daß eigentlich hier nur von der hypothekariſchen Verfolgung ſolcher Sachen die Rede ſein könne, welche keinen Theil der Concursgüter ausgemacht haben, noch durch Veräußerung der leztern auf den dritten Beſitzer gekommen ſind, indem es ſich ſonſt von ſelbſt ſchon verſteht, daß nach erfolgtem rechtmäßigen Verkauf der zur Maſſe gehörenden Sachen, alle bisher darauf gehaftete Hypotheken gänzlich aufhören [4]). Uebrigens aber ſcheint es mir ſehr bedenklich, die ganze Entſcheidung der obigen Frage, von der Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit des Einwandes der Excuſſion abhängig zu machen, da ohnehin über dieſen Punct noch manche Streitigkeiten obwalten. Nach meiner Ueberzeugung kann der präcludirte Gläubiger wider den dritten

2) Ludovici Concursproc. Kap. I. §. 7. Schaumburg princ. prax. iud. Lib. 2. C. 8. §. 4. not. 6.

3) Die Lehre von der Präcluſion. Seite 71. folg.

4) *Aug.* Leyser de subhastatione hypothecas extinguente, in med. ad Pand. Spec. 236.

ten Beſitzer die hypothekariſche Klage nicht füglich mehr anſtellen, und dieſer Behauptung dürfte es in jedem Falle nicht an Gründen fehlen, man mag übrigens jene Einrede zuläſſig halten oder nicht. Giebt man zu, daß auch der dritte Beſitzer einer ſpeciellen Hypothek von dem Einwande der Excuſſion nicht auszuſchließen ſei: ſo bringt es freilich die Natur dieſer Einrede ganz ohne Zweifel mit ſich, daß derjenige, dem ſie entgegen ſteht, es nicht ſelbſt durch ſeine eigene Schuld veranlaſſen dürfe, daß ihm der ordentliche Weg, aus des Schuldners Gütern befriedigt zu werden, gänzlich verſperret werde. Wenn man aber auch unter Zuſtimmung bewährter Rechtsgelehrten [5]) die gedachte Einrede an ſich ſchon bei entſtandenem Concurſe verwerflich halten, ja wenn man auch denen beipflichten wollte, welche ſolche dem Beſitzer einer ſpeciellen Hypothek völlig abſprechen, ſo bleibt doch immer noch der wichtige Umſtand zu betrachten übrig, daß der belangte dritte Beſitzer mit Recht die Abtretung der Hauptſchuld und der daraus entſpringenden Klagen verlangen könne [6]). Hierauf hat man bei Erörterung jetziger

5) Carpzov Lib. 2. Respons. 72. Rivinus de except. Cap. 38. n. 8. Mevius P. 9. Dec. 187. Brunnemann Proc. Concurs. Cap. 1. §. 9. Leyser Spec. 233. med. 2.

6) L. 19. D. qui pot. in pign. Weſtphal vom Pfand=

Frage gar keine Rückſicht genommen. Wie kann aber ein präcludirter Gläubiger ſolche Ceſſion ſeiner Forderung den Rechten gemäß bewirken, wenn er ſelbſt zugeben muß, daß ſeine eigene Schuld und Nachläſſigkeit die Urſache ſei, derentwegen die Rechtsverfolgung des perſönlichen Anſpruchs in foro concursus gänzlich wegfällt. Man ſiehet alſo, daß es eine wirkliche Ungerechtigkeit ſein würde, dem dritten Beſitzer die Räumung der Pfandſtücke oder baare Befriedigung des Gläubigers anzuſinnen, und ihm dagegen nur zu geſtatten, ſich mit ſeiner Entſchädigungsklage beim Concurſe melden zu dürfen. Denn mit dieſem bloß perſönlichen Anſpruche wird er allemal einen höchſtnachtheiligen Platz unter den übrigen Creditoren einnehmen, da er doch ſonſt, wenn der Pfandgläubiger es nicht ſelbſt vernachläſſigt hätte, in deſſen Stelle getreten, und des Vorzugs ſeiner Forderung theilhaftig geworden ſein würde. Könnte nun inzwiſchen der präcludirte hypothekariſche Gläubiger, vermöge des Priorität- und Diſtributionserkenntniſſes deutlich beweiſen, daß ſeine Forderung auf alle Fälle im Concurs leer ausgegangen, mithin die gerichtliche Angabe ſo wie auch die Abtretung derſelben an den dritten Beſitzer ganz vergeblich geweſen ſein würde, ſo wäre freilich alsdann die

Pfandrechte, §. 281. *Ant.* Faber in Cod. Lib. 8. Tit. 31. Def. 7. und 17.

die Verfolgung der Hypothek wider den dritten Beſitzer für unzuläſſig nicht zu achten [7]). Bis dahin aber, daß er ſolchen Beweiß beibringt, iſt er mit der hypothekariſchen Klage nicht zu hören [8]).

§. 110.

Imgleichen, wenn der perſönlichen Schuldklage die Einrede der Verjährung entgegen ſteht.

Gewiſſermaßen enthält von den bisher vorgetragenen Grundſätzen die bekannte Verordnung des K. Juſtinian in L. 7. §. 1. C. *de praeſcr. XXX. vel XL. ann.* eine Ausnahme und Einſchränkung, indem vermöge derſelben die hypothekariſche Klage wider den Schuldner ſelbſt 40 Jahre hindurch fortdauret, obgleich die Hauptverbindlichkeit nach Ablauf von 30 Jahren nicht mehr klagbar iſt. Der Kaiſer hat es hier den Auslegern gar nicht recht gemacht; ſie finden es ſonderbar und beinahe widerſprechend, nach verjährter, oder, welches noch ärger iſt, nach aufgehobener Hauptverbindlichkeit, die Verfolgung eines acceſſoriſchen Rechts zu geſtatten. Doctores

7) Argum. L. 14. §. 1. D. Depos. L. 45. de obl. et action.

8) Erxleben de pignoribus, §. 319. Dagegen hat Dabelow l. c. §. 172. die Zuläſſigkeit der Klage gegen den dritten Beſitzer auch ohne dieſen Unterſchied angenommen.

res hic varie desudant, ſchreibt **Georg Franzke** [1]), et mirum sane videri poſſit, quod quum iure nouiſſimo omnis actio perſonalis, etiam quae olim perpetua fuit, triginta annis tollatur, et ita *obligatio principalis ſublata ſit*, (das iſt denn nun freilich nicht wahr) quomodo hypothecaria, tamquam acceſſoria ſubſiſtere, et per decennium ulterius durare poſſit. **Reinhard Bachov** geht noch etwas freier mit der Sprache heraus, wenn er die Unwiſſenheit des **Tribonian** als die einzige Veranlaſſung dieſer Vorſchrift anſiehet. Fatendum enim eſt propter eam conſtitutionem, aut durare poſſe obligationem pignoris, ſublata omni obligatione principali etiam naturali, aut nec per tanti temporis XXX. annorum curſum tolli aut infirmari vinculum aequitatis. Utrumque abſurdum eſt, welches alſo beweiſen ſoll, was er kurz vorher angemerkt hatte, Tribonianum, cuius eſt dicta L. 7. C. *de praeſcr. XXX. vel XL. ann.* veteris iuris ignorantia deceptum fuiſſe et male id applicaſſe [2]). Indeſſen ſind doch dieſe und die mehrſten Ausleger mit ihnen ſo beſcheiden, ihre Vernunft unter dem Gehorſam des Geſetzes gefangen zu nehmen, mithin zuzugeben, daß der Pfandgläubiger vermöge gedach-

1) *Georg* Franzkii Comment. in Pand. Lib. 20. Tit. 6. n. 170.

2) *R.* Bachov tr. de pignoribus, Lib. 5. Cap. 3. §. 4.

gedachter Verordnung wirklich befugt ſei, auch nach verjährter Hauptklage die Hypothek noch gegen den Schuldner zu verfolgen [3]), wenn ſie gleich darin einen Beitrag zu dem bekannten: Non omnium, quae a maioribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt, antreffen wollen. Andere aber haben ſich durch den vermeinten Widerſpruch, welchen ſie hier mit aller Rechtsanalogie zu finden glauben, ſogar verleiten laſſen, der klaren geſetzlichen Vorſchrift den Sinn anzudichten, daß ſolche bloß von dem Falle zu verſtehen ſei, wo die eigentliche Schuldklage nach Ablauf von 30 Jahren noch fortdaurend wäre, und in Anſehung derſelben noch keine Verjährung eingetreten ſei. z. B. Wenn der Schuldner von Zeit zu Zeit Zinſen bezahlt, oder der Gläubiger ihn gemahnt hätte. Unter dieſen Umſtänden ſoll nach ihrer Meinung doch die hypothekariſche Klage nach 40 Jahren verjähret ſein, und *durante licet actione in perſonam* nicht weiter Statt finden [4]).

§. 111.

3) Wissenbach Exercit. ad. Pand. 39. theſ. 35. Peretz Praelect. in Cod. Lib. 7. Tit. 38. n. 4. Erxleben de pignorib. §. 320. n. a. **Weſtphal** vom Pfandrechte, §. 247.

4) So lehrt. *Lud. Conr.* Schröder in Programm. Quo examinatur an actio hypothecaria adhuc creditori aduerſus debitorem pignus poſſidentem ſit ſalua, poſtquam obligatio perſonalis per praeſcriptionem fuit extincta, Marp. 1750. Daß zum wenigſten

§. 111.

Fortſetzung.

Wirklich haben ſich die Ausleger die Sache ſchwieriger gemacht, als ſie es an ſich iſt. Die mehrgedachte Verordnung weicht zwar in ſo fern von der Regel ab, als ſie dem Gläubiger die Pfandklage noch geſtattet, da doch die Hauptſchuld nicht mehr klagbar iſt. Dieſes enthält aber bei weitem nicht den offenbaren Widerſpruch, nicht die Abſurdität, welche **Bachov** und andere hier antreffen wollen. Genug, wenn nur eine Hauptverbindlichkeit an ſich vorhanden iſt, ſo liegt in einer Verordnung, welche des Pfandes halber eine Klage wider den Schuldner geſtattet, nichts ungereimtes. Wer wird es aber den erwähnten Rechtslehrern gut heiſſen, wenn ſie ſich nach Verjährung der perſönlichen Klage, die ganze Verbindlichkeit des Schuldners an ſich als aufgehoben denken, und in dieſer irrigen Vorausſetzung die Zuläſſigkeit der hypothekariſchen Klage ganz

nigſten die hypothecariſche Klage nach erfolgter Verjährung des perſönlichen Anſpruchs gleichfalls nicht Statt finde, folglich die Verordnung in L. 7. C. *de praescr. XXX. vel XL. ann.*, eigentlich den Fall beziele, da die perſönliche Klage in 30 Jahren noch nicht verjähret worden ſey, behaupten auch *Hugo* Donellus Comment. iur. ciuil. Lib. 16. cap. 26. p. m. 763. derſelbe ad L. 2. C. *de luit. pignor.* imgleichen *Godofr. Ludov.* Mencke introd. in doctrin. de actionib. Sect. 1. cap. 2. membr. 9. §. 17.

ganz unerklärlich finden. Das heißt, mit einem gewiſſen Schriftſteller zu reden, erſt Jemandem die Kräze geben, um ihn hernach reiben zu können. Es iſt wol nichts gewiſſer, als daß durch Verjährung der perſönlichen Klage ſelbſt die Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufhöre, ſondern die natürliche Verbindlichkeit bleibt fortdaurend, und dafür beſteht ja das Pfandrecht unſtreitig. Daß nun das leztere gegen den Schuldner 10 Jahr länger, als jene, klagbar ſein ſoll, davon weiß Bachov freilich keinen andern Grund anzugeben, als: supinam ignorantiam Triboniani, welche aus folgenden Worten, womit die Conſtitution anhebt, klar hervorleuchten ſoll: Quum notissimi iuris sit, actionem hypothecariam — in ipsos debitores aut heredes eorum nullis exspirare lustrorum cursibus etc. „Das konnte,“ ſagt Bachov, „zu Juſtinians Zeiten kein vernünftiger Menſch mehr glauben, indem ja ſchon lange vorher die Kaiſerlichen „Conſtitutionen, welche in L. L. 3. und 4. C. „*de praescr. XXX. vel XL. ann.* enthalten ſind, „überhaupt den dinglichen Klagen eine Dauer von „30 Jahren vorgeſchrieben hatten.“ — Und ſolche Verordnungen ſollte die Geſezcommiſſion kurz vorher in ihre Sammlung eingetragen, und dennoch gleich darauf einen Saz als notissimi iuris angenommen haben, welchen man ſofort beim erſten An-

blicke als den unerhörteſten Irrthum anzuſehen hätte? Das iſt denn doch in der That unglaublich, und gerade dieſe Evidenz der Sache iſt Bürge dafür, daß man wirklich von jenen allgemeinen Verordnungen die hypothekariſche Klage wider den Schuldner müſſe ausgenommen haben —. Je mehr ein Gläubiger ſich wegen ſeiner Forderung in Sicherheit glaubt, deſto weniger verdient er den Vorwurf der Nachläſſigkeit, wenn er mit der wirklichen Rechtsverfolgung Anſtand nimmt, mithin dürfte ſelbſt die Billigkeit erfordern, daß dem hypothekariſchen Gläubiger nach abgelaufener Verjährung des perſönlichen Anſpruchs, noch einige Zeit zur Verfolgung ſeiner Hypothek geſtattet werde [1]). Warum aber dieſes nicht auch gegen den dritten Beſitzer Statt finde, iſt daraus abzunehmen, weil dieſer die Abtretung der perſönlichen Klage wider den Schuldner zu begehren berechtiget iſt. Da nun letztere mit Ablauf des 30ſten Jahres wegfällt, ſo hat der Kaiſer es mit Recht gegen den dritten Beſitzer bei dieſem Zeitraum bewenden laſſen —. Die beſondere Meinung einiger Rechtsgelehrten, deren ich am Ende des vorigen §. erwähnt habe, widerlegt ſich von ſelbſt, wenn man das Geſetz dagegen hält. Man findet nicht die mindeſte Spur von dem, was ſie dem Geſetzgeber andichten, daß nämlich die vierzigjährige Dauer

1) Siehe auch Franzkii Comment. ad Pand. XX. VI. 170. **Weſtphal** vom Pfandrechte p. 364.

Dauer der hypothekariſchen Klage allemal die noch nicht vollendete Verjährung der perſönlichen Klage vorausſetze. Der Kaiſer beſtimmt einestheils, ohne dieſer Vorausſetzung mit einem Worte zu gedenken, daß die hypothekariſche Klage gegen den Schuldner und deſſen Erben 40 Jahre dauren ſoll, und andern- theils giebt er ſelbſt deutlich genug zu erkennen, daß dieſes von der Dauer des perſönlichen Anſpruchs gar nicht abhängen, vielmehr der leztere nach wie vor ſeine beſondere Verjährungszeit behalten ſoll: in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit iustitia —. Gründe genug, um weder mit **Donell** und **Mencke** anzunehmen, daß nach verjährter perſönlichen Klage, auch die Ver- folgung des Pfandes gänzlich wegfalle, noch mit **Lud. Conr. Schröder** zu behaupten, daß ſelbſt bei fortdaurendem perſönlichen Anſpruche, der Ablauf von 40 Jahren die hypothekariſche Klage ausſchlie- ße —. Beiläufig iſt gegen die Behauptung **Weſt- phals**, „daß wegen der Zinſen des Capitals auf je- „des Jahr die Forderung, mithin auch die Hypothek „ſo lange daure, bis ſeit jedes Jahres fällig gewor- „denem Zins die rechtsverjährte Zeit verſtrichen „ſei [2]," noch einiges zu erinnern. L. 7. §. 6. C. *de praescr.* XXX. vel XL. ann., worauf ſich dieſe Meinung zu gründen ſcheint, iſt unſtreitig nur von

2) **Weſtphal** im angef. B. Seite 365.

den Fällen zu verſtehen, wo die Hauptverbindlichkeit ſelbſt in gewiſſen jährlichen Präſtationen beſteht; hingegen, was die Zinſen eines Capitals betrifft, haben wir eine beſondere Verordnung in L. 26. C. *de uſuris*, welche ſo lautet: Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum ſiue perſonali, ſiue hypothecaria ceciderunt, iubemus non poſſe ſuper *uſuris* vel fructibus praeteriti temporis aliquam mouere quaeſtionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle ſibi perſolui, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, aſſerendo ſingulis annis earum actiones naſci; *principali enim actione non ſubſiſtente, ſatis ſuperuacuum eſt, ſuper uſuris vel fructibus adhuc iudicem cognoſcere, etc.*

Neunter Abſchnitt.

Ueber die Bürgſchaft in Anſehung einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit.

---

§. 112.

Einleitung.

Wie das Pfand, als ein acceſſoriſches Recht, immer das Daſein einer Schuld, die es bedecken ſoll, vorausſetzt, ſo muß auch, wenn überhaupt eine Verbindlichkeit aus der Bürgſchaft Statt finden ſoll, alle-

mal eine Hauptſchuld vorhanden ſein; ohne dieſe iſt keine Bürgſchaft denkbar. Wir wiſſen aber, daß die Schuld an ſich gar wohl beſtehen kann, wenn ſie gleich in Gerichten nicht völlig wirkſam iſt, weshalb denn auch der leztere Umſtand allein noch keine Ungültigkeit der Bürgſchaft nach ſich ziehen kann. Im Gegentheil haben wir mehr als eine geſezliche Vorſchrift, wonach, überhaupt genommen, der Bürge auch in dem Falle gehalten ſein ſoll, wenn die Hauptſchuld in einer bloß natürlichen, obgleich nicht bürgerlich vollgültigen oder klagbaren Verbindlichkeit beſtehet: adhiberi autem fideiuſſor tam futurae, quam praecedenti obligationi poteſt, *dummodo ſit aliqua* vel *naturalis* futura obligatio, L. 6. §. 2. D. *de fideiuſſor.* In omnibus autem obligationibus adſumi poſſunt fideiuſſores, et nec illud quidem intereſt, utrum ciuilis *an naturalis* obligatio ſit, cui adiicitur fideiuſſor. §. 1. I. eod. So viel iſt nun freilich aus dieſen Geſezen klar genug, daß in ſolchen Fällen eine Verbindlichkeit des Bürgen an ſich nicht zu beſtreiten ſei. Es bleibt aber dabei immer noch die wichtige Frage übrig: ob und in wiefern dieſe Verbindlichkeit gegen den Bürgen im Wege Rechtens geltend gemacht werden könne? Im allgemeinen haben die Geſeze dieſes nicht ausdrücklich regulirt, man kann aber aus den Beſtimmungen, welche bei einzelnen

Fällen in dieſer Hinſicht vorkommen, ſchon manches ableiten, und das übrige muß die Natur der Sache, und die Analogie nach Anleitung der Rechtswolthaten des Bürgen ergänzen. Es giebt Fälle, wo der Gläubiger gegen den Bürgen eben ſo wenig, als gegen den Hauptſchuldner etwas ausrichten kann; wiederum aber auch andere Fälle, wo er den Bürgen in Anſpruch nehmen darf, ohne ſein Recht gegen den Hauptſchuldner geltend machen zu können. Beides ſoll nunmehr beſonders abgehandelt, und danächſt auch die Frage unterſucht werden, ob und in wie fern der Bürge, wenn er den Gläubiger hat befriedigen müſſen, ſeinen Regreß gegen den Hauptſchuldner zu nehmen befugt ſei?

§. 113.
Von den Fällen, wo die Hauptſchuld verbietenden Civilgeſetzen zuwider iſt.

Wird zur Gültigkeit einer Bürgſchaft allemal erfordert, daß an ſich eine Hauptverbindlichkeit vorhanden ſein muß, ſo ſieht man wol, daß der Bürge dem Gläubiger zu nichts gehalten ſei, wenn die angegebene Hauptſchuld die Erfüllung eines Handels zum Vorwurf hat, welchen die Geſetze verboten haben; oder in der Kunſtſprache zu reden, wenn obligatio principalis zu den naturalibus reprobatis gehört. Denn in ſolchen Fällen iſt, wie wir wiſſen,

eigentlich gar keine, auch nicht eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, wenigſtens kann die Sache gerichtlich nicht anders behandelt werden, und daher heißt es in L. 46. D. *de Fideiussoribus:* Quum lex venditionibus occurrere voluerit, fideiussor quoque liberatur. Daß nun dieſe allgemeine geſetzliche Vorſchrift in einigen Fällen und unter gewiſſen Umſtänden nicht füglich zur Anwendung kommen kann, iſt aus beſondern Verhältniſſen des bürgerlichen Verboths zu erklären, worauf die Ausleger bei Erörterung der einzelnen Fälle nicht immer die gehörige Rückſicht genommen, und eben darum ſich in manche Schwierigkeiten ohne Noth verwickelt haben. Es wird aber kaum nöthig ſein, mich in das Detail der Streitigkeiten über die Verbindlichkeit des Bürgen, welcher für einen Unmündigen, oder Minderjährigen, oder gerichtlich erklärten Verſchwender u. ſ. w. gut geſagt hat, weiter einzulaſſen, da ich überzeugt bin, daß man die ganze Sache durch allgemeine Grundſätze völlig berichtigen, und mittelſt Anwendung derſelben auf jeden einzelnen Fall gar leicht aller Schwierigkeit entgehen kann. Alle ſind überhaupt in der Regel einig, daß in Fällen, wo die Hauptſchuld vermöge poſitiver Geſetze ganz ungültig iſt, auch die Bürgſchaft an ſich keine verbindende Kraft behaupten, folglich dem Bürgen eben die Behelfe und Einreden nicht verſagt werden können,

welche dem Hauptſchuldner in ſolchen Fällen zu⸗ſtehen [1]). Nun aber giebt es bekanntlich unter den natürlich erlaubten jedoch bürgerlich unterſagten oder durchaus für nichtig erklärten Rechtsgeſchäften ver⸗ſchiedene, wo das Civilgeſetz gewiſſe Perſonen **zu ihrem eigenen Beßten**, von Eingehung der Rechtsgeſchäfte entweder gänzlich oder zum Theil, in Rückſicht beſonderer Beſtimmungen, ausgeſchloſſen hat, wie davon oben, §. 66. die einzelnen Fälle der Reihe nach angeführt ſind. In allen dieſen Fällen iſt freilich keine eigentliche Verbindlichkeit des Haupt⸗ſchuldners anzunehmen, und folglich auch der Bürge aus der alleinigen Interceſſion zu nichts gehalten, weil es widerſprechend ſein würde, ihm die Erfül⸗lung einer Verbindlichkeit aufbürden zu wollen, welche nicht vorhanden, wenigſtens nach Vor⸗ſchrift der Geſetze vom Richter nicht anzuerken⸗nen iſt. Kommt aber nun der beſondere Um⸗ſtand hinzu, daß dem Bürgen die wahre Be⸗ſchaffenheit

1) Wegen klarer Vorſchrift in cit. L. 46. D. *de fideiuſſorib.* Argum. L. 5. C. *de Legib.* L. 7. §. 16. D. *de pactis.* L. 178. D. *de Reg. iur.* Voet Comment. ad Pand. Lib. 46. Tit. 1. §. 9. und 11. Brunnemann ad L. 46. D. *de fideiuſſ.* Sande Lib. 3. Tit. 1. definit. 1. Hering de fideiuſſorib. Cap. 10. n. 18. ſequ. Schmidt de fideiuſſore plane non obligato, Sect. 2. cap. 2. §. 148. Bei⸗träge zur juriſtiſchen Litteratur in den Preußi⸗ſchen Staaten. Siebente Sammlung. Seite 79.

ſchaffenheit der vorgegebenen Hauptſchuld nicht verborgen geweſen, vielmehr die ganze Interceſſion grade zu dem Ende geſchloſſen worden iſt, um den Gläubiger wegen **Ungültigkeit** des Hauptgeſchäfts zu ſichern, ſo wird man es ſehr billig halten, daß ſodann der Bürge haften müſſe, weil der Schuldner, zu deſſen Beſten die Anordnung der Geſetze nur abzielt, doch immer gedeckt bleibt, folglich der Abſicht des Geſetzgebers in keinem Betrachte zuwider gehandelt wird. Denn der Gläubiger bekommt durch die Bürgſchaft nicht mehr Recht gegen den Schuldner, als er vorher gehabt hat, es wäre denn, daß die Beſtellung eines Bürgen in gewiſſen Verhältniſſen eine gültige Genehmigung der Hauptſchuld mit ſich brächte, wovon aber §. 127. eigentlich die Rede iſt. Und da der Bürge wußte, daß der Hauptſchuldner zu nichts gehalten ſei, ſo fällt auch ſein Regreß gegen den letztern weg. Genau betrachtet wäre nun freilich bei ſo bewandten Umſtänden nicht ſowol eine Bürgſchaft im eigentlichen Verſtande zu behaupten, als es ſich vielmehr einer Schenkung nähert, wenn wir Jemandem zu bezahlen verſprechen, was er den Rechten nach gar nicht zu fordern hat; indeſſen wird man es nunmehr nicht widerſprechend finden, wenn es an Einer Stelle in unſern Geſetzen heißt: Si quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligatio, prodigoue vel furioſo fideiuſſerit, ma-

 gis

gis esse, *ut ei non subueniatur* [2]; und an einer andern: Cui bonis interdictum est, non potest promittendo obligari, et ideo *nec fideiussor pro eo interuenire poterit* [3]. Denn dieß letztere, und jede andere Verordnung, wonach die Ungültigkeit der Hauptſchuld in Fällen dieſer Art, auch den Bürgen zu Statten kommen ſoll [4], beſtimmet nur, was der Regel nach Statt findet, wenn nichts weiter, als die Intercеſſion an ſich, in Betrachtung kommt. Dagegen Erſteres unſtreitig die Einſchränkung bezielt, welche die Geſetze hier ausdrücklich annehmen, daß derjenige allerdings gehalten ſein ſoll, welcher donandi animo die Bürgſchaft übernommen hat [5], das

2) L. 25. D. *de fideiussor.* womit auch L. 127. D. *de Verb. oblig.* zu vergleichen iſt. *Hugo Donell. comment.* ad. tit. de Verb. oblig. p. m. 371. POTHIER Pand. Justin. Tit. de usuris etc. n. 60.

3) L. 6. D. *de Verbor. obligat.*

4) L. 16 D. *de fideiussorib.* Fideiussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. L. 32. D. eod. L. 19. D. *de exceptionibus* omnes exceptiones quae reo competunt, fideiussori quoque competunt. L. 51. pr. *de procurator.* L. 2. §. 1. *de administrat. et periculo tutor.*

5) Argum. L. 9. §. 3. D. de S. C. Maced. verb. *nisi forte donandi animo intercesserunt.* L. 13. pr. D. de minoribus. Si quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiussoris pro eo, non est aequum *fideiussori in necem meam* subueniri. L. 9. C. de Praed. et al. reb. minor. Etsi is, quem praedium rusticum minoris distraxisse affirmas, curatoris

das iſt, dem Gläubiger eben dafür zu haften angelobt hat, daß wider ihn von der bürgerlichen Ungültigkeit des Hauptgeſchäfts kein Gebrauch gemacht werden ſolle, oder nach den Ausdrücken des Papinian in L. 95. §. 3. D. *de solut.*: Si contemplatione iuris praetorii, quod minori auxilio esse potuit, fideiussit, welches freilich in dem Falle vermuthet wird, wenn der Bürge die wahre Beſchaffenheit der Hauptſchuld oder die perſönliche Eigenſchaft des Schuldners kennet, und nichts deſto weniger die Interceſſion übernimmt [6]. Hievon iſt nun

 auf

ratoris ſofficio functus id fecit, venditio tamen contra Diui Seueri orationem facta, praesidis sententia non immerito rescissa est. Nun heißt es aber wegen geſchehener Interceſſion ſehr merklich: *Pignora sane, quae ob euictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligauit, non prohiberis persequi.*

6) *Anton* Faber Coniectur. iur. ciu. Lib. 8. Cap. 3. auch in Cod. Lib. 1. Tit. 13. Def. 1. behauptet, daß man im Zweifel nie vermuthen könne, daß der Bürge eigentlich in Rückſicht auf das minderjährige Alter des Schuldners gut geſagt. Nach der Meinung des Donell Comment. iur. ciu. Lib. 21. Cap. 14. und Vinnii Select. Quaest. Lib. 1. cap. 2. ſoll dieß immer vermuthet werden. Daß aber weder das eine noch das andere durchgängig anzunehmen, vielmehr, wenn der Ausdruck des Vertrags hierüber nichts beſtimmet, zu unterſcheiden ſei, ob das minderjährige Alter des Schuldners den Parteien bekannt geweſen oder nicht, und daß im erſten Fall die Vermuthung gegen den Bürgen eintrete, im zweiten aber nicht, alles

auf einzelne Fälle ſehr leicht die weitere Anwendung zu machen, z. B. ob und in wie fern der Bürge gehalten ſei, wenn die Hauptverbindlichkeit wegen des Vellejaniſchen Rathſchluſſes [7]), oder der Minderjährigkeit des Schuldners [8]) nicht beſtehet, imglei-
chen

alles dieſes hat gründlich ausgeführt Hoepfner Diss. de Effectu restitut. in integr. quoad fideiussorem. §. 9. pag. 13. add. Schmidt Diss. de restit. in integr. num sit beneficium reale, an personale? §. 24. 25.

7) Zwar möchte es ſcheinen, daß hier vermöge L. 16. §. 1. D. ad S. C. *Velleian.* der Bürge in jedem Falle von aller Verbindlichkeit frei zu ſprechen ſei. Eigentlich geht aber die erwähnte Vorſchrift dahin, daß dem Bürgen das Senatusconſultum zu ſtatten komme, wenn er auch ohne Auftrag der Frauensperſon ſich verbürget, folglich die eigentliche Mandatsklage gegen ſie nicht anzuſtellen hätte. Damit iſt aber nicht geſagt, daß nunmehr auch in allen übrigen Fällen, wo dem Bürgen kein Regreß zuſteht, die Einrede des S. C. V. ihm dennoch beizulegen ſei. Vielmehr iſt wider denjenigen, welcher ſich wiſſentlich für eine Schuld verbürgt, die das Senatusconſultum unverbindlich erklärt, unſtreitig eine andere geſetzliche Vorſchrift anzuwenden, welche ſelbſt in Anſehung der Frauensperſonen dahin lautet: Si quum sciret, se non teneri mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei non datur. Actionem enim quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. L. 30. D. ad S. C. V. Faber in Cod. Lib. 4. Tit. 21. Defin. 6. Voet Lib. 44. Tit. 7. §. 3.

8) *Lud. Jul. Frid.* Hoepfner de effectu restitut. in integrum quoad fideiussorem. Giessae 1771. *Joh. Lud.*

chen wenn die Hauptſchuld von einem gerichtlich erklärten Verſchwender [9]), oder von einer Frauensperſon ohne Zuziehung des, den Rechten nach, erforderlichen Curators, gewirkt worden iſt [10]). Es iſt aber von dieſer beſondern Beſtimmung in ſolchen Fällen kein Gebrauch zu machen, wo die Geſetze nicht ſowol hauptſächlich nur den Schuldner gegen ungebührliche Verleitung **begünſtigen**, als vielmehr ſich durchaus gegen den Gläubiger erklären, und wo alſo die Gültigkeit der Bürgſchaft dem Gläubiger gerade den unrechtmäßigen Erwerb, das improbum lucrum verſchaffen würde, welches ihm die Geſetze ſchlechterdings nicht geſtatten wollen. Wer ſich für verbotene Spielſchulden, unerlaubten Wucher, u. ſ. w., verbürgt hat, iſt in jedem Falle von aller Verbindlichkeit frei, er mag wiſſentlich in Betracht der ungültigen Hauptſchuld dafür gut geſagt, oder die Beſchaffenheit des Vorganges nicht gekannt haben. (§. 77.)

§. 114.

Lud. Schmidt de Restitutione in integrum: num sit beneficium reale an personale. Jen. 1777. §. 14. sequ. *Ant Christ.* Niehaus de fideiussore minoris. Goett. 1778.

9) I. O. Westenberg Dissert. 1. de caus. obligat. Cap. 4. §. 18. *Sam. de* Cocceii iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 32.

10) Huber Prael. ad. Instit. Lib. 3. Tit. 21. §. 3. not.

§. 114.

Wenn das Hauptgeſchäfte zwar nicht verboten, oder ganz ungültig, jedoch die daraus entſpringende Klage nicht völlig wirkſam iſt.

An ſich iſt der Bürge in den Fällen, welche hieher gehören, unſtreitig verbunden, bei ermangelnder Bezahlung von Seiten des Principalſchuldners, dem Gläubiger die verſprochene Befriedigung zu leiſten. Es kommt nur darauf an: ob und in wie fern der Anſpruch des Gläubigers gegen den Bürgen im Wege Rechtens geltend gemacht werden könne? Wollte man hier bei jener allgemeinen Vorſchrift der Geſetze ſtehen bleiben, daß es zur Gültigkeit der Bürgſchaft hinreichend ſei, wenn auch die Hauptſchuld nur eine bloß natürliche, obgleich nicht völlig wirkſame Verbindlichkeit ſein möchte, ſo dürften hieraus Folgerungen erwachſen, die man danächſt in der Anwendung keineswegeſ würde aufrecht erhalten können, wenn gleich der Regel nach, eine jede natürliche Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten allewege die Wirkung behält, welche die Civilgeſetze derſelben nicht ausdrücklich abgeſprochen haben. In der That ſind einige Rechtslehrer verleitet worden, in dieſen Fällen dem Gläubiger gegen den Bürgen durchgängig eine Klage zu geſtatten, obgleich dieſelbe gegen den Hauptſchuldner wegfällt.

So z. B. hat man dafür gehalten, daß das Senatusconſultum Macedonianum den Gläubiger in keine Wege hindere, ſein Recht wider den Bürgen klagend zu verfolgen [1]). Nun ſind zwar dieſer Meinung ganz beſtimmte Geſetze entgegen [2]); wobei es denn freilich, was den gedachten einzelnen Gegenſtand anbetrifft, ſein Bewenden behalten muß. Aber wie verhält es ſich mit den übrigen Fällen, wo dieſer Punkt durch beſondere Geſetze nicht ſo ausgemacht iſt? Da die Einſchränkung der gerichtlichen Wirkſamkeit natürlicher Verbindlichkeiten ſtrenge zu erklären iſt, ſo ſieht man wol, daß dasjenige, was in Anſehung des Macedonianiſchen Rathſchluſſes verordnet worden iſt, noch nicht ſo fort eben darum auf alle übrigen Fälle, z. B. die Verjährung, die Präcluſion, das beneficium competentiae, u. ſ. w., ausgedehnt werden könne. Um daher im Ganzen dieſe Materie auf ſichere Grundſätze zurückzuführen, muß man vor allen Dingen auf das ganze Verhältniß zwiſchen dem Gläubiger und dem Bürgen, ſo wie es die Civilgeſetze ein für allemal regulirt haben, Rückſicht nehmen, und darnach beſtimmen, ob und in wie fern eine Rechtsverfolgung, welche wider den

Schuldner

1) *Joh. Laur.* Drechsler de exceptione S. C. Maced. fideiuſſoribus filiorum familias deneganda. Altorfii 1758.

2) L. 9. §. 3. D. *de S. C. Maced.* L. 7. eod. L. 11. D. *de fideiuss.*

Schuldner nicht Statt findet, dennoch gegen den Bürgen eintreten könne? Es iſt bekannt, 1) daß der Bürge, wenn von ihm die Bezahlung gefordert wird, der Regel nach verlangen kann, daß der Gläubiger zuvörderſt den Hauptſchuldner ausklagen ſolle, und daß der Gläubiger ſich in dieſer Hinſicht keiner Nachläßigkeit ſchuldig gemacht haben muß. Hieraus ergiebt ſich ſchon Eine unleugbare Folge, welche bei dieſer Materie nicht ohne Einfluß ſein wird, daß nämlich auch dem Bürgen die Unwirkſamkeit der Hauptſchuld allerdings zu Statten kommt, wenn ſolche durch des Gläubigers eigene Nachläßigkeit entſtanden iſt. 2) Da dem Gläubiger ferner obliegt, die Klage gegen den Principalſchuldner an den Bürgen abzutreten, ſo iſt nicht füglich abzuſehen, wie er in ſolchen Fällen, wo er gar kein Recht zu klagen hat, gegen den Bürgen durchkommen könne [3]). Endlich haben aber 3) die Geſetze ausdrücklich vorgeſchrieben, daß der Bürge der Regel nach eben die Ausflüchte und Einreden gebrauchen dürfe, welche dem eigentlichen Schuldner zu Hülfe kommen [4]); eine Sache, die hier ganz vorzüglich in Betrachtung kommt. Man hat aber auch dabei 4) die Einſchränkung gedachter Regel nicht außer Acht zu laſſen, welche wir lieber mit den eigenen

Worten

3) Averanius interpretat. iur. Lib. 3. Cap. 8. n. 44.
4) L. 19. D. *de exceptionibus*.

Worten der Geſeze anführen wollen: Exceptiones, quae *perſonae cuiusque* cohaerent, non transeunt ad alios; *rei autem cohaerentes* exceptiones etiam fideiussoribus competunt [5]. Bei aller Gültigkeit alſo, welche die Geſeze der Bürgſchaft wegen bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten im Ganzen beilegen (§. 111.), iſt doch die Frage: ob und in wie fern der Gläubiger ſeinen Anſpruch wegen ſolcher an ſich gültigen Bürgſchaft wirklich vor Gericht verfolgen könne? eigentlich nur dahin zu beantworten: **daß der Regel nach auch gegen den Bürgen nur diejenige Art der Rechtsverfolgung Statt finde, worauf der gerichtliche Effect gegen den Schuldner ſelbſt eingeſchränkt iſt**; es wäre denn, daß die dem Hauptſchuldner beigelegte Ausflucht zu jenen **bloß perſönlichen Einreden** gehörte, die ihrer Natur nach nicht auf andere übergehen können [6]. Wie ſich dieſes nun in

5) L. 7. D. eod.

6) Einen richtigen Begriff davon giebt folgende gründliche Erläuterung eines helldenkenden Rechtsgelehrten: Perſonalis exceptio vocanda erit, cui perſonae ratio *ſola et unica, ſine alterius cauſae interuentu* locum concedit, quales ſunt exceptiones ceſſionis bonorum, reſcripti moratorii, beneficii competentiae. Realis autem erit, quae *vel ſoli cauſae* absque ulla perſonae contemplatione, vel *perſonae quidem, ita tamen, ut praeterea aliud quid deſideretur*, conceditur; huius notae ſunt exceptiones ſolutionis, Senat.

in den einzelnen Fällen näher beſtätige, davon ſo⸗gleich mit mehrern.

§. 115.

Fortſetzung.

Obgleich nach den im vorigen §. vorgetragenen Grundſätzen die einzelnen Fälle ſehr leicht ihre nähere Beſtimmung erhalten können, wird es doch nicht un⸗dienlich ſein, noch einige Bemerkungen hinzuzufügen.

1) Die Meinung eines gewiſſen **Drechslers**, daß die Einrede des Senat. cons. maced. dem Bür⸗gen gar nicht zu Statten komme [1]), iſt auch ſo auf⸗fallend falſch, daß es nur Zeitverluſt ſein würde, ſich dabei lange aufzuhalten [2]). Nur haben die Geſetze auch

Senat. cons. Macedon. Velleiani et restitutionis in integrum, quae dicitur aetatis. Exceptio enim Senatusconsulti non filio familias unice ideo *quod sit filius*, sed quia ipsi pecunia numerata mutuo data, non feminae *tanquam tali* sed quia intercessit competit. Hoepfner cit. Diss. pag. 3. sequ.

1) In der beim vorigen §. angeführten Diſſertation. Er beruft ſich auf die allgemeine Regel, daß die Bürgſchaft zu Recht beſtehe, wenn die Hauptſchuld auch nur zu den natürlichen Verbindlichkeiten gehört, wobei aber ganz irrig von der an ſich nicht ungültigen Bürgſchaft ſogleich auf den völligen gerichtlichen Effect derſelben geſchloſſen wird, ſo wie auch die Geſetze, welche er beſonders für ſich anführt, L. L. 7. und 25. D. *de fideiussoribus*, gleich beim erſten Anblicke das Unſchick⸗liche der davon gemachten Anwendung ergeben.

2) L. 9. §. 3. L. 7. pr. D. *de Senat. cons. Maced.* L. 2. D. *quae res pignori*. L. 7. §. 1. D. *de Exceptionibus*

auch hier die billige Einſchränkung hinzugefügt, daß der Bürge, welcher die gerichtliche Unwirkſamkeit der Hauptſchuld wußte, und nichts deſto weniger dafür gut ſagte, in keine Wege von ſolcher Einrede Gebrauch machen darf. Non solum *filio familias, et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, et mandatori nisi forte donandi animo intercesserunt.* L. 9. §. 3. D. *de S. C. Maced.* Eine Ausnahme, welche nach Vernunft und Analogie der Rechte in allen den Fällen eintreten muß, wo die Hauptverbindlichkeit nicht ſowol die Erfüllung eines verbotenen Handels bezielt, als nur in Anſehung der gerichtlichen Wirkung eingeſchränkt iſt. 2) Man hat gefragt: ob das beneficium competentiae des Schuldners, imgleichen der ihm verliehene Indult auch dem Bürgen zu Statten komme? Die Entſcheidung kann nicht anders, als verneinend ſein, weil beides den Rechten nach zu den bloß perſönlichen Behelfen und Rechtswolthaten gehört [3]. 3) Die

ptionibus. Dieſe Geſetze lauten alle ganz beſtimmt dahin, daß die erwähnte Einrede auch dem Bürgen zu Statten komme. *Dan.* Nettelbladt Diss. exceptionem S. C. Maced. etiam fideiussori competere. Halae 1785. G. A. Schuberth de fideiussione pro filio familias mutuum contrahente inualida. Lips. 1723. I. L. E. Püttmann probabil. iur. cap. 19. *Ant.* Faber Rational. ad Pand. Tit. de S. C. Maced. pag. 111.

3) Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non

Frage: was in Anſehung der Bürgſchaft nach verjährter Hauptklage Rechtens ſei? kommt eigentlich

non transeunt ad alios. Veluti ea, quam socius habet, *quod facere possit*, vel parens patronusue *non competit fideiussori;* sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus *in solidum dotis nomine condemnatur.* L. 7. D. *de Exceptionibus.* Etsi fideiussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere possit condemnanda est. L. 24. D. de re iudicata. Höpfner theoretiſch prakt. Commentar. §. 1137. Eisenhard de fideiuss. dotis. §. 21. Mit jenen Geſetzen ſtimmt auch im allgemeinen überein L. 63. §. 1. D. *pro Socio*, nur unter der Einſchränkung, daß der Bürge, ſo lange er noch nicht ſelbſt aus der Bürgſchaft in Anſpruch genommen wird, ſondern bloß als Defenſor des Hauptſchuldners anzuſehen iſt, nur in id, quod facere debitor possit, verurtheilet werden könne; verglichen mit L. 12. 13. 14. D. *Solut. matrimonio etc.* Indeſſen haben einige noch unterſcheiden wollen, ob das beneficium dem Schuldner gleich vom Anfange zugeſtanden, oder nach geſchloſſener Bürgſchaft erſt beigekommen ſei; da denn im erſten Falle, nicht aber im letztern, z. B. wegen geſchehener Ceſſion der Güter, auch der Bürge ſich deſſen bedienen könnte. Hertius de transit. priuil. ad alios. §. 23. Wiederum ſind Brunnemann Comment. ad L. L. cit. Mevius P. 3. Dec. 150. und 261. dafür, daß dem Bürgen die Rechtswolthat der Competenz wenigſtens in den Fällen, wo ſolche gemeinen Rechtens iſt, zu geſtatten ſei. Es iſt aber ihre Meinung gründlich widerlegt von *Jo. Jac.* Cella Diss. an Fideiubens pro persona nobili aut illustri creditori in tantum teneatur, quantum hic ob beneficium competentiae debitori lege vel obseruantia con-

lich in einer zwiefachen Hinſicht zur Betrachtung. a) Beſtehet die Bürgſchaft, wenn ſchon bei Eingehung derſelben die Hauptſchuld bereits verjähret war? b) Kann die, nach geſchloſſener Bürgſchaft erſt eingetretene Verjährung der Hauptklage, auch dem Bürgen zu ſtatten kommen? Was den erſten Punkt betrifft, ſagt Voet: Accedit fideiuſſor omni obligationi, *niſi praeſcriptione iam ſublata ſit* [4]). Da aber die Verjährung, wie wir oben gezeigt haben,

Ji 2 die

concessum accipere non potuerit. Erlangae 1784. Daß insbeſondere der Indult, welcher dem Schuldner ertheilt worden iſt, dem Bürgen nicht zu gute komme, hat ausführlich gezeigt Voet Comment. ad. Pand. Tit. de Cessione bonor. §. 19. Ihm pflichtet bei J. G. S. A. **Büchner** Beweiß daß das einem Schuldner ertheilte Moratorium dem Bürgen nichts nutze. Gött. 1780. Das Gegentheil behaupten Hartleben Med. ad Pand. Spec. XV. Med. 7. Frick de exceptione litterarum reſpirationis vel debitoris fideiuſſoribus proficua. Helmst. 1779. Und in gewiſſer Hinſicht *Joa. Geo.* Schloer. (Reſp. Anzmann) Vindiciae veritatis, fideiuſſorem obtento a debitore principali reſcripto moratorio a creditore conueniri haud poſſe. Mogunt. 1782. Des Verfaſſers Meinung geht eigentlich dahin, daß der Bürge die exceptionem moratorii nicht gradezu habe und gebrauchen könne, wol aber mit der exceptio excuſſionis und cedendarum actionum ſich ſchützen dürfe, wenn der Hauptſchuldner einen Anſtandsbrief erlangt hätte, daß alſo dieſer dem Bürgen doch indirecte und mittelbarer weiſe nütze. Allgemeine juriſtiſche Bibliothek von zweien Altdorfiſchen Profeſſoren. 3. B. p. 423.

4) Voet Comment. ad Pand. Tit. de fideiuſſ. §. 6.

die natürliche Verbindlichkeit an ſich nicht aufhebt: ſo läßt ſich auch nicht behaupten, daß die Bürgſchaft gar nicht zu Recht beſtehe, ſondern ich glaube nach Anleitung der bisherigen Grundſätze, hier folgende Fälle unterſcheiden zu müſſen: 1) Hat der Schuldner ſelbſt nach abgelaufener Verjährungsfriſt erſt einen Bürgen beſtellt, ohne ſich in facto wegen der Verjährung in einem ſchuldloſen Irrthum zu befinden, ſo iſt nicht abzuſehen, warum dieſe Handlung nicht die Wirkung einer gültigen Ratihabition hervorbringen ſollte, dergeſtalt, daß weder der Schuldner in Betracht ſeiner, wo nicht ausdrücklich geſchehenen, doch zum wenigſten in der Handlung ſelbſt liegenden Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit, die Einrede der Verjährung weiter vorſchützen, noch auch der Bürge ſich derſelben bedienen könne, weil die Hauptſchuld an ſich als eine natürliche Verbindlichkeit beſtehet. Ein anderes wäre freilich zu behaupten, wenn gerechte Unwiſſenheit in facto wegen der Verjährungszeit bei der Beſtellung des Bürgen obgewaltet hätte, indem ſodann von dem Schuldner nicht geſagt werden könnte, daß er ſich der gedachten Einrede begeben habe [5]. 2) Hat ſich der Bürge ohne Concurrenz

5) Die Unwiſſenheit des **Rechts** kann Niemandem zum Zweck eines **Vortheils** zu Statten kommen. L. 7. D. *de iuris et facti ignorant.* Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, ſuum vero petentibus

currenz des Schuldners zur Interceſſion entſchloſſen, und wußte er gleichwol daß die Hauptklage ſchon verjährt ſei, ſo iſt er ganz unſtreitig zur Zahlung verbunden — nam donandi animo intercessit. 3) Wußte er aber in dieſem Falle von der eingetretenen Verjährung nicht, ſo muß ihm auch allerdings dieſe Einrede, deren er ſich nicht begeben hat, zu Statten kommen. Selbſt die Worte des **Paullus** in L. 37. D. *de fideiussoribus* — Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, *quoniam erroris fideiussio nulla est*, wenn ſie gleich von der eigentlichen Verjährung nicht zu erklären ſein möchten, wie oben bereits erinnert worden iſt, geben doch unſerer Behauptung ein Gewicht der Analogie, welches einem Jeden einleuchten wird —. Daß die zweite der obigen Fragen: ob nämlich die Verjährung der Hauptklage, wenn ſolche **nach Eingehung der Bürgſchaft** allererſt abgelaufen iſt, auch dem Bürgen zu Statten komme? den Rechten nach nicht anders als bejahend zu entſcheiden ſei, iſt gar keinem Zweifel unterworfen [6]. 4) Wenn über des Schuldners Vermögen ein Con-

bus non nocet. L. 11. C. *de iur. et facti ignor.* ibid. verb. in lucro nec feminis *ius* ignorantibus ſubueniri ſoleat.

6) Vinnius ſelect. Quaest. Lib. 2. cap. 10. G. A. Struv Syntagm. iur. ciu. tit. de fideiuſſor. th. 47. Voet c. l. §. 36. fin.

curs ausgebrochen, der Gläubiger aber, für deſſen Forderung ſich Jemand verbürget hat, mit ſeinem Anſpruche präcludirt iſt, ſo halten die mehrſten Rechtslehrer dafür, daß der Bürge dennoch zur Zahlung angehalten werden könne, und ſeiner Entſchädigung wegen ſich beim Concursgerichte melden müſſe [7]). Ziehet man aber hiebei in Erwägung, was ich ſchon im vorigen Abſchnitte, bei Gelegenheit der hypothekariſchen Klage eines präcludirten Gläubigers gegen den dritten Beſitzer der Hypothek bemerkt habe, ſo wird man ſehr bald überzeugt werden, daß ohne Unbilligkeit jene Meinung nicht durchgängig anzunehmen ſei. Die Gründe, worauf man ſie zu ſtützen pflegt, erſchöpfen die Sache nicht ganz. Der Bürge ſoll aus der Präcluſion des Gläubigers gegen dieſen keinen Einwand hernehmen können, weil ja nach ausgebrochenem Concurſe die ſogenannte exceptio excussionis wegfiele, folglich der Bürge den Gläubiger nicht an den Concurs verweiſen könnte. Dadurch alſo, daß man dem Bürgen geſtattet, nach geleiſteter Bezahlung ſeinen Regreß gegen den Schuldner im Concurſe wahrzunehmen, glaubt man, daß jenem völlige Gerechtigkeit widerfahren ſei. Man bedenkt aber nicht, 1) daß noch ein Geſichtspunkt übrig bleibt, welcher

7) Scaumburg princ. prax. iudic. Lib. 2. cap. 8. §. 4. not. ult. Brunnemann concurs. credit. cap. 1. §. 9. Mevius P. 5. Dec. 198. Ludovici Concursproc. Kap. 1. §. 7.

welcher die Rechte des Bürgen ganz anders darſtellt. Zwar kann die Einrede der Ordnung hier die Wirkung nicht haben, daß der Gläubiger zuvörderſt ſein Recht im Concurſe völlig durchſetzen, und den Ausgang dieſes Proceſſes abwarten müſſe, allein wiederum darf doch auch der Gläubiger nicht ſelbſt daran Schuld ſein, daß auf dem ordentlichen Wege aus dem Vermögen des Schuldners für ihn nichts zu erlangen iſt. Deſſen nun nicht zu gedenken, daß Forderungen, deren Vorzugsrecht ganz evident iſt, bisweilen auch noch vor Endigung des Concursproceſſes aus der Maſſe abgetragen werden, und folglich der Bürge allerdings mit dem Einwande gehört werden muß, daß der Gläubiger, wenn er ſich zur rechten Zeit gemeldet hätte, ſeine Befriedigung wirklich ſchon erhalten haben würde, ſo iſt doch hiebei 2) vorzüglich zu erwägen, daß der Bürge bei der Regreßklage, die man ihm noch in foro concurſus anzubringen geſtattet, durch die Schuld des Gläubigers gar ſehr gefährdet werden könne. Wie, wenn ſelbſt der Concurs ſchon geendigt, und die Maſſe bereits vertheilet war, als der präcludirte Gläubiger den Bürgen in Anſpruch nahm. Ganz unſtreitig muß der letztere hier mit jenem Einwande zugelaſſen werden. 3) Es kommt aber auch ganz vorzüglich in Betrachtung, daß, wenn gleich im Ganzen das Concursforum dem Bürgen wegen ſeines Regreſſes noch offen ſteht, ihm

dennoch beſonders daran gelegen ſein kann, nicht ſowol ſeinen eigenen perſönlichen Anſpruch an den Schuldner, wegen der für ihn geleiſteten Bezahlung, als vielmehr das cedirte Recht des Gläubigers ſelbſt im Concurſe geltend zu machen, wenn etwa einestheils Vorzüge damit verbunden ſind, die dem bloß perſönlichen Rechte des Bürgen nicht zukommen, oder anderntheils der Bürge ohne dieſe Ceſſion etwa gar keine Anſprache an den Schuldner machen könnte, z. B. wenn die Bürgſchaft wider Willen des leztern übernommen worden. Nun kann aber der Bürge als Ceſſionarius des Gläubigers nicht im Concurſe auftreten, wenn ſein Cedent ſchon davon ausgeſchloſſen iſt, und gleichwol hat jener den Geſetzen nach ein vollkommenes Recht, von dem Gläubiger die völlige Abtretung der ihm zuſtehenden Klage zu verlangen; woraus die ganz natürliche Folge hervorgeht, daß ein präcludirter Gläubiger ſich keinesweges an den Bürgen halten kann, ſo bald der leztere zu zeigen vermag, daß entweder die Hauptſchuld, wenn ſie zur gehörigen Zeit angegeben wäre, bereits würde ausbezahlt ſein, oder daß doch wenigſtens die erkannte Präcluſion dem Bürgen ein rechtliches Hinderniß ſei, vermöge der cedirten Hauptklage ſeine Entſchädigung zu erlangen. [8]).

§. 116.

8) L. 95. §. 11. D. *de solution.* Si creditor culpa sua

§. 116.
Ob und in wie fern der Bürge, welcher gleichwol bezahlt hat, auf Entſchädigung dringen könne?

Der Gegenſtand, welchen wir hier zu unterſuchen haben, beruhet auf zwei Fragen:

1) Ob der Bürge die Zahlung, worauf der Gläubiger nicht hätte klagen können, von dem letztern ſelbſt wider zurückzufordern befugt ſei?

2) Ob und in wie fern er ſeinen Regreß gegen den Hauptſchuldner nehmen dürfe?

Bei Erörterung der erſten Frage kommt vor allen Dingen folgender Grundſatz in Betrachtung. So oft der Bürge es mit dem Gläubiger zu thun hat, tritt jener der Regel nach in alle Rechte und Befugniſſe des Schuldners, folglich kommt auch die Zurückforderung des Gezahlten dem Bürgen in ſo fern zu Statten, als der Schuldner ſelbſt, wenn er bezahlt hätte, dazu berechtigt ſein würde. Unſere Geſetze [1]) verordnen ausdrücklich: Fideiuſſor rei

 locum

sua cauſa ceciderit, prope eſt ut actione mandati nihil a mandatore conſequi debeat, quum ipſius vitio acciderit, ne mandatori poſſit actionibus cedere. L. 21. C. *de fideiuſſor.* *Joh. Lud.* Schmidt de fideiuſſore plane non obligato. Sect. 1. §. 20. Berger Oecon. iur. Lib. 3. Tit. 3. Th. 12. n. 1. Die Lehre von der Präcluſion der Gläubiger. S. 65. §. 17. und 18.

1) L. 4. §. 1. L. 16. pr. L. 32. D. *de fideiuſſoribus.*

locum obtineat, nec obligari poteſt ei, apud quem reus promittendi obligatus non eſt. Quare ex perſona rei, et quidem inuito reo, exceptio *et caetera debitoris commoda* fideiuſſori competere. In allen Fällen alſo, wo die Hauptverbindlichkeit gänzlich wegfällt, und die Geſetze dem Schuldner ſelbſt die Zurückforderung des Bezahlten geſtatten, da iſt auch dieſe dem Bürgen nicht zu verſagen, welches nach den Grundſätzen, die wir oben §. 75. 76. und 77. vorgetragen haben, näher zu beſtimmen und auf einzelne Fälle anzuwenden iſt. Wie demnach z. B. eine verbotene Spielſchuld, unerlaubter Wucher ꝛc. allemal von Seiten des Schuldners ſelbſt zurückgefordert werden kann, ſo muß es auch dem Bürgen frei ſtehen, er mag wiſſentlich oder aus Irrthum dergleichen Nichtſchuld entrichtet haben. In andern Fällen hingegen, wo der Schuldner von der Zurückforderung ausgeſchloſſen iſt, wenn er wiſſentlich bezahlt, was den Rechten nach von ihm nicht gefordert werden konnte, iſt auch der Bürge nur befugt, die Zurückgabe der Zahlung zu verlangen, wenn dieſe aus einem untadelhaften Irrthume von ihm geſchehen iſt [2]). Es kann z. B. eine Frauensperſon dasjenige, was ſie wiſſentlich gegen die Vorſchrift des Vellejaniſchen Rathſchluſſes bezahlt hat, nicht condiciren (§. 77.), mithin darf es auch in ſolcher

2) L. 47. D. *de condict. indebiti.*

cher Vorausſetzung ihr Bürge nicht. Das übrigens in den Fällen die Zurückforderung ohne allen Zweifel wegfalle, wo nach Anleitung des §. 113. gegen den Bürgen, welcher donandi animo intercedirt iſt, ſogar eine Klage Statt findet, obgleich der Hauptſchuldner nicht haftet, verſteht ſich von ſelbſt [3]). So viel von der Bezahlung einer Hauptſchuld, welche einen bürgerlich verbotenen und ganz ungültigen Handel betrifft.

Iſt hingegen von ſolchen Hauptverbindlichkeiten die Rede, die etwa nur nicht klagbar ſind, ſo ergiebt es der Augenſchein, daß in den Verhältniſſen, welche nach Anleitung des vorigen §. ſogar eine Klage wider den Bürgen begründen, von Zurückforderung der dem Gläubiger geſchehenen Zahlung die Rede nicht ſein kann. Angenommen aber, daß dergleichen Umſtände nicht eintreten, und der Bürge, welcher gleich dem Hauptſchuldner nicht zu belangen war, doch bezahlte, in wiefern iſt er dann berechtigt, das Gegebene wieder zurückzufordern? Man muß vor allen Dingen wol unterſcheiden: ob die Zahlung mit Wiſſen und Willen des Hauptſchuldners, oder auf eigenen Antrieb und lediglich in des Bürgen Nahmen geſchehen ſei? Im erſten Falle mag der Bürge ſich an den Schuldner, welcher die Zahlung gewollt hat, halten; der Gläubiger iſt gegen alle Zurückforderung

3) Voet Comment. ad Pand. tit. de fideiuss. §. 33.

derung ſicher [4]). Aber dieſe ſcheint auch im zweiten Falle nicht Statt zu finden, weil der Schuldner, an deſſen Stelle doch der Bürge eintritt, dazu nicht berechtigt iſt. Wirklich lautet auch die geſetzliche Vorſchrift dahin: Et hi tamen, qui pro filio familias intercesserunt, soluendo non repetent. Atquin perpetua exceptione tuti sunt; sed et ipse filius; et tamen non repetit. L. 9. §. 3. D. *de Senat. cons. maced.* Indeſſen muß doch die Billigkeit dem Bürgen das Wort reden, wenn er durch ſchuldloſen Irrthum veranlaßt, die Hauptſchuld, ohne deren eigentliches Verhältniß zu kennen, abgetragen hätte, und gleichwol durch den Regreß wider den Hauptſchuldner ſeine Entſchädigung nicht erreichen könnte. Denn obgleich der Schuldner ſelbſt, wenn von ihm die Zahlung geſchehen wäre, ſolche nicht zurückfordern könnte, ſo tritt doch immer bei dem Bürgen noch das beſondere ein, daß er bei übernommener Interceſſion und darauf geleiſteter Zahlung einen vollgültigen Anſpruch des Gläubigers vorausgeſetzt hat, welches ihn wol berechtigen dürfte, den Gläubiger, der ihm keine klagbare Forderung an den Schuldner abtreten kann, zur Herausgabe des Empfangenen anzuhalten. In L. 59. D. *de cond. indeb.* wird auch der Unterſchied zwiſchen einer von dem Schuldner ſelbſt, und dem Bürgen geſchehenen

4) *Argum.* cit. *L.* 47. *D. de cond. ind.*

henen Bezahlung dahin beſtimmt: Si fideiuſſor iure liberatus, ſoluerit *errore* pecuniam, repetenti non oberit. Si vero reus promittendi per errorem et ipſe poſtea pecuniam ſoluerit, non repetet, quum prior ſolutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non diſſoluit; nec ciuile, ſi reus promittendi tenebatur.

§. 117.

Fortſetzung.

Es iſt nach Anleitung des vorigen §. die zweite Frage noch zu unterſuchen: Ob und in wie fern nämlich der Bürge, welcher eine Nichtſchuld, oder eine nicht klagbare Forderung bezahlt hat, ſeinen Regreß gegen den Hauptſchuldner nehmen dürfe? 1) Vor allen Dingen bemerkt Voet ganz richtig: Si manifeſto conſtet, donandi propoſito quem fideiuſſiſſe, dubitari non poteſt, quin ſoluti repetitio a debitore denegari debeat [1]). 2) Hiernächſt hat auch der Bürge offenbar kein Recht, ſich an den Schuldner zu halten, wenn er die erfolgte Verurtheilung ſeiner eigenen Schuld beizumeſſen, und wenn er etwa die Einreden verſäumt hat, die dem klagenden Gläubiger den Rechten nach entgegen ſtanden [2]). Dieſes

1) Voet Comment. ad Pandect. Tit. de fideiuſſorib. §. 33. L. 4. D. L. 12. C. de Negot. geſt.

2) L. 67. D. *de fideiuſſoribus.* Quia iniuriam, quae tibi facta eſt, penes te manere, quam ad alium trans-

ſes abgerechnet, iſt zu unterſcheiden: ob dem Bürgen vom Schuldner ein rechtmäßiger Auftrag zur Uebernehmung der Bürgſchaft geſchehen ſei, oder nicht? Im erſten Fall muß der Schuldner den Bürgen entſchädigen, obgleich der Gläubiger ein wirkliches indebitum von dem Bürgen erhalten hätte, wenn nämlich, wie geſagt, der leztere bona fide dabei verfahren, und ihm keine Vernachläſſigung vorzuwerfen iſt [3]). Denn der Schuldner kann ſich der Verbindlichkeit nicht entziehen, welche durch die, zwiſchen ihm und dem Bürgen getroffene Vereinbarung, klar zu Tage liegt. Nur aber verſtehet es ſich von ſelbſt, daß die Perſon des Schuldners, oder ſelbſt ſchon die Beſchaffenheit des Handels keinen Grund erhalten muß, weshalb der Auftrag, welcher dem Bürgen gemacht worden iſt, den Schuldner im Wege Rechtens

transferri aequius est, ſcilicet, ſi culpa tua iniustae damnationis cauſam praebuiſti. L. 10. §. 12. D. *mandati.* Si fideiuſſor eam omiſerit exceptionem, qua reus uti potuit, *ſi ſciens id fecit*, non habiturum mandati actionem. L. 10. in fin. C *eod.* Mevius P. 2. Dec. 289. P. 3. Dec. 341. *Ant.* Faber Cod. Lib. 8. Tit. 27. Def. 10. Voet c. l.

3) L. 47. D. *de condict. indeb.* L. 29. pr. D. *Mandati*, vorzüglich in den Worten: Pari ratione etſi aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conuenti, vel cuius alterius rei, *et ignarus* hanc exceptionem non exercebit, dici oportet ei mandati actionem competere; Potuit enim, atque debuit reus promittendi certiorare fideiuſſorem ſuum, ne forte ignarus ſoluat indebitum. Mevius cit. l.

tens nicht verbinden kann[4]). Sollte hingegen im zweiten Falle die Bürgſchaft ohne Auftrag und Bewilligung des Schuldners eingegangen ſein, ſo iſt der Bürge in keine Wege befugt, wegen Bezahlung einer nicht klagbaren Forderung von dem Schuldner Entſchädigung zu verlangen [5]). Denn die actio negotiorum gestorum, welche ſonſt dem Bürgen zuſteht, wenn die Interceſſion zwar ohne Auftrag, jedoch nicht wider Willen des Schuldners geſchehen iſt, kann hier nicht Statt finden, quoniam, wie Voet richtig erinnert, neque fideiubendo, neque soluendo dici potest, utiliter negotium gessisse debitoris, qui non potuit inuitus ad soluendum compelli. Und daß vollends, wenn die Bürgſchaft wider des Schuldners Willen übernommen worden, der Regreß gar gegen ihn wegfalle, iſt ohnehin klar, weil ja in Fällen dieſer Art eine Ceſſion der Klage des Gläubigers nicht Statt

4) Voet tit. de fideiussorib. §. 33. Cessat quoque repetitio, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate, vel sciens ex mandato adolescentis luxuriosi pro meretrice fideiusserit, quia similis est ei, qui perdituro pecuniam sciens crediderit. L. 12. §. 11. D. *Mandati.*

5) Voet ibid. Cessat repetitio, si quis sine mandato pro eo, qui tantum naturaliter ex pacto obligatus erat fideiusserit, quum ita, *neque fideiubendo neque soluendo videri possit utiliter negotium gessisse debitoris, qui non potuit inuitus ad soluendum compelli.*

Statt findet [6]); und gleichwol ohne dieſe dem Bürgen, eben weil er gegen den Willen des Schuldners ſich verbürgt hat, kein Recht zu klagen zukommt [7]). Noch eine Frage verdient hiebei beſonders erwogen zu werden. Wir haben bereits bemerkt, daß ein Bürge der Regel nach dem klagenden Gläubiger eben die Einreden entgegen ſtellen könne, welche dem Hauptſchuldner zuſtehen, daß jedoch davon die ganz perſönlichen Rechtswohlthaten, welche von dem Schuldner nicht auf andere übergehen können, billig auszunehmen ſind. Geſetzt nun, daß der Bürge dem Gläubiger alles hat bezahlen müſſen, da doch dem Schuldner ein Indult, oder die Rechtswolthat der Competenz zukam, ſo entſteht die Frage: ob der Schuldner ſich dieſer Rechtswolthaten auch gegen den Bürgen bedienen dürfe, wenn ſelbiger die Regreßklage wider ihn anſtellt? Man hat dieſe Frage bejahend entſchieden [8]), wiewol ich glaube, daß

6) Averanius interpretat. iur. Lib. 3. cap. 8. n. 44. und 45., verb. Quomodo cedet creditor actiones, si eas non habet? — Qui utitur mandatis actionibus, eo iure uti debet, quo is cuius persona fungitur, adeoque quum creditor repelli posset a debitore exceptione pacti, ergo eadem exceptione poterit repelli fideiussor, qui utitur actione creditoris.

7) Hellfeld iurisprud. forens. §. 1918. 19.

8) *Joa. Jac.* Cella in der oben §. 115. Not. 3. angeführten Diſſertation. Imgleichen Voet tit. de cessione bonorum. §. 19.

daß es auf den Unterſchied ankomme: ob dem Schuldner die erwähnten perſönlichen Rechtswolthaten überhaupt und durchgängig gegen alle ſeine Gläubiger beigelegt ſind; oder nur in Rückſicht gewiſſer einzelner Anſprüche. In dem erſten Falle kann er mit Recht auch dem Bürgen dergleichen Einrede entgegen ſtellen; und in dieſem Betrachte urtheilet Voet ſehr richtig: quo beneficio debitor uti alios repellit creditores, ita et fideiussorem iam excussum; utpote qui iam coepit debitoris principalis creditor esse. In dem zweiten Falle hingegen, wo die Einrede oder Rechtswolthat ſich auf beſondere Klagen beſchränket, z. B. das beneficium competentiae, welches einem Geſellſchafter gegen den andern, imgleichen dem Ehemann in Anſehung des Brautſchatzes zuſtehet, kommt natürlich der bekannte Grundſatz zur Anwendung, daß dergleichen ſingulaire Rechte ſtrenge zu erklären, und nicht von einem Fall auf andere auszudehnen ſind. Vielmehr iſt hier offenbar der Unterſchied zu machen, ob der Bürge 1) in dem Falle ſei, daß er lediglich nur mittelſt abgetretener Klage des Gläubigers ſeinen Regreß gegen den Schuldner nehmen könne, weil die Interceſſion wider Willen des Schuldners geſchehen iſt. Hier muß der Bürge, als Ceſſionar, unſtreitig die Einreden wider ſich gelten laſſen, wel-

che ſeinem Cedenten entgegen ſtehen [9]); oder ob er 2) bloß actione negotiorum geſtorum ſeinen Re- greß

9) Man pflegt zwar von der Regel, daß der Ceſſionar alle Einreden des Schuldners, welche dem Cedenten entgegen ſtehen, auch wider ſich gelten laſſen müſſe, Lenz de nominibus et action. ceſſis. Cap. 32, eine Ausnahme zu machen, wonach unſer Satz gewiſſerma- ßen bedenklich werden dürfte. Berger Oecon. iur. Lib. 3. Tit. 5. th. 5. n. 10. ſagt: Exceptiones, quae obſtant cedenti, ceſſionario etiam obſtare, ſcilicet 1) facti, 2) reales iuris, *non item perſonales*, cuiusmodi eſt exceptio doli, utpote quae ex perſona cedentis ceſſionario opponi nequit, ſiquidem ceſſio facta ſit ex cauſa onероſa, ſecus ſi ex cauſa lucratiua. Man ſehe auch Lenz l. c. Cap. 33. Seite 402. **Schmidt praktiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden**, §. 866. Solchemnach möchte es ſcheinen, daß der Schuldner die Rechtswolthat der Competenz, in ſo fern ſolche nur das perſönliche Verhältniß zwiſchen ihm und dem Gläubiger bezielt, dem ex iure ceſſo klagenden Bürgen nicht entgegenſtellen könne, indem der letztere gegen Bezahlung der Hauptſchuld, mithin nicht aus einem lucrativen Titel die Abtretung der Klage erhalten hat. Allein die Geſetze, worauf man jene Ausnahme zu ſtützen pflegt, L. 4. §. 29. und 31. D. de *Doli mali et metus except.* reden lediglich nur von der exceptione doli mali, in ſo fern dieſer dolus den vorkommenden Umſtänden nach das erworbene Recht eines Dritten nicht mindert, ſondern ſeinen Urheber nur ad id quod intereſt verbindet. Der Käufer, zum Beiſpiele, dem die Sache übergeben worden iſt, verfolgt ſie als Eigenthum, ohne den dolum ſeines auctoris vertreten zu dürfen, wenn dieſer die Sache einem andern vorher ſchon verkauft, aber noch nicht übergeben hätte.

greß zu ſuchen habe, da er zwar nicht gegen des Schuldners Widerſpruch, jedoch ohne deſſen Einwilligung die Bürgſchaft unternommen hat. Hier kann die Einrede der Competenz u. ſ. w. dem Bürgen gleichfalls entgegen geſetzt werden. Denn wenn es gleich eine andere Klage iſt, als diejenige, wogegen eigentlich die Ausflucht geſtattet worden, ſo kann doch der Bürge nicht behaupten, daß er im rechtlichen Verſtande den Nutzen des Schuldners befördert habe, da er mehr bezahlt hat, als wozu der Schuldner im Wege Rechtens gezwungen werden konnte; oder ob endlich 3) der von dem Schuldner ſelbſt beſtellte Bürge actione mandati ſeine Entſchädigung verfolge? Hier können dem Schuldner, in Betracht obiger Gründe, ohne Ungerechtigkeit die erwähnten Behelfe nicht geſtattet werden, welche ihm als iura singularia nur gegen gewiſſe Klagen, pro socio etc. zukommen.

hätte. §. 28. cit. L. 4. giebt eine ähnliche Erläuterung der Sache. Daß aber ein Ceſſionarius, der nur die Forderung ſeines Cedenten verfolgt, und dieſelbe Klage vorbringt, die dieſer anzuſtellen gehabt hätte, nicht auch exceptionem doli ex persona auctoris ſollte gelten laſſen müſſen, wird in dem Geſetze nicht geſagt; wol aber iſt das Gegentheil ſelbſt dem §. 27. cit. L. imgleichen L. 7. §. 1. D. *de exceptionib.* L. 5. C. *de heredit. vel act. vend.* und aller rechtlichen Analogie gemäßer, da ſonſt der Zuſtand des Schuldners offenbar durch die Ceſſion verſchlimmert werden würde. Wernher P. I. obseru. 338. Leyser Spec. 78. med. 9.

Zehnter Abſchnitt.
Ueber den Eid.

§. 118.
Einleitung.

Mit dem Eide haben wir uns hier bloß in Rückſicht auf die Frage zu beſchäftigen: Ob Rechtsgeſchäfte, welche nach Vorſchriſt der Civilgeſetze entweder ganz ungültig ſind, oder doch den völligen gerichtlichen Effect nicht haben, durch eidliche Angelobung aufrecht erhalten und klagbar werden können? Der Eid ward eingeführt, wahre Verbindlichkeiten und die Beobachtung der Geſetze zu ſichern, nicht aber die Verletzung derſelben vertheidigen, oder gar vervielfältigen zu helfen. Am wenigſten ſollte dieſer Mißbrauch und Entheiligung des Eides unter Chriſten Statt finden. Wenn wir aber die Geſchichte und Erfahrung zu Rathe ziehen, die Achtung, worin bei den Heiden der Eidſchwur geſtanden, mit dem leichtſinnigen Spielwerke, welches heutiges Tages in und außer Gerichten damit getrieben wird, vergleichen, die Grundſätze der Römiſchen Rechtsgelehrten, und die Spitzfindigkeiten chriſtlicher Caſuiſten, ſammt den Lehren des päbſtlichen Rechts gegen einander halten, ſo werden wir nicht umhin können,

zu

zu geſtehen, daß der Heide in dieſem Puncte den Chriſten ſehr beſchäme. Man hat indeß neuerer Zeit über die Abſtellung dieſer Mißbräuche viel geſchrieben, und überhaupt die Sache von den eingeſchlichenen Irrthümern zu reinigen geſucht [1]). Vorzüglich

Kk 3 aber

1) Verſuch über wichtige Wahrheiten zur Glückſeligkeit der Menſchen, von einem redlich geſinnten Schweizer, 1768. Dieſe wolgerathene Schrift iſt überhaupt gegen die eingeführten Eidſchwüre, ſowol bürgerliche als Religionseide, gerichtet. Da aber der Verfaſſer in Verwerfung der Eide vielleicht zu weit geht, ſo iſt nicht undienlich, folgende Schrift damit zu verbinden: **Johann Balthaſar Kölbeln**, beider Rechten Doctor, von der Zuläſſigkeit der Eide nach den Grundſätzen des neuen Bundes und nach Anleitung des griechiſchen Textes. Frankfurt am Mayn 1767. Auch gehören hieher: Abhandlung über den Eid, zur Verbeſſerung der Sitten und Beförderung des Credits, aus dem Engliſchen überſetzt. Braunſchweig 1767. *G Henr.* AYRER de abuſu iuramentorum e republica proſcribendo. Goettingae 1741. Sehr leſenswerth iſt auch A. F. **Trendelenburgs** Abhandlung über die Mittel gegen die Mißbräuche der Eidſchwüre, in den gelehrten Beiträgen zu den Mecklenb. Schweriniſchen Nachrichten 1772. Mit der dem gelehrten Verfaſſer vorzüglich eignen Art der Darſtellung wird hier beſonders der Begriff des Eides überaus gut entwickelt. Ferner: Ueber die Eide; in den vermiſchten Abhandlungen über einige Gegenſtände der Geſetzgebung und Rechtsgelahrheit. 1ſtes Stück, Leipz. 1779. **F. W. Oesfeld** über die Eidesleiſtungen. Berlin 1779. Ueber den Eid in den Ephemeriden der Menſchheit. 1783. 9. Stück, p. 270. Ueber die Wirkungen und Misbräuche der Eide. Elbing 1785. **Flavius (Joh. Gottfr. Steinhäuſer)** vom Eide. Leipz. 1785. Vorzüglich verdienen auch

bemerkt

aber hat der verdienſtvolle Malblanc in ſeiner vortreflichen Abhandlung über den Eid [2]) die Materie auch in Rückſicht auf unſern Gegenſtand ſo erſchöpft, daß wir den Leſer zu befriedigen hoffen, wenn wir uns auf einige Erläuterungen, deren Nachtrag uns nöthig ſchien, einſchränken, und im übrigen zur weitern Ausfüllung deſſen, was wir der Vollſtändigkeit halber nicht ganz unberührt laſſen konnten, uns auf den erwähnten Schriftſteller beziehen werden.

§. 119.

Ueber die Wirkung des Eides bei Rechtsgeſchäften, die nach Vorſchrift der Civilgeſetze entweder ganz ungültig ſind, oder doch wenigſtens den völligen gerichtlichen Effect nicht haben.

Daß der bloße Eid an ſich keine neue Verbindlichkeit hervorbringe, ſondern lediglich nur ein acceſſoriſches Mittel ſei, die Erfüllung einer wirklich vorhande-

bemerkt zu werden: Einige Gedanken über den Eid, von Garve in deſſen Philoſophiſchen Anmerkungen und Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten. 1792. 4. Theil. p. 195. Aug. von Hoff, über den Urſprung, Begriff, Geſchichte des Eides, und die Moralität der jetzt gewöhnlichen Eidesformeln, Berlin 1790. Man ſehe auch C. C. Kohlschütter de cauſis contemti iuriſiurandi Viteb. 1792. Ueber den Eid: im Reichsanzeiger 1795. Nro. 2.

2) *Jul. Frid.* Malblanc doctrina de iureiurando. Norimbergae 1781.

handenen Verbindlichkeit zu ſichern, daß Handlungen, welche widerrechtlich und unerlaubt ſind, durch den Eid nie gerecht werden, daß mithin auf der einen Seite der Eid den Schwörenden nicht binden könne, ein Geſchäfte zu erfüllen, oder etwas zu leiſten, welches den Geſetzen zuwider iſt, und daß auf der andern Seite der vermeinte Gläubiger durch die eidliche Zuſage kein Recht erhalte, was die Geſetze ihm an ſich gänzlich abſprechen; alles dieſes ſind Sätze, die man nicht beſtreiten kann, ohne ſelbſt mit dem Begriffe des Eides in Widerſpruch zu gerathen [1]). Ein an ſich unverbindliches Verſprechen

 bleibt

1) Eidſchwüre, ſchreibt Moſes Mendelsſohn über religioſe Macht und Judenthum Seite 70., erzeugen keine neue Pflichten. „Die feierlichſte Anrufung Gottes zum „Zeugen der Wahrheit, giebt und nimmt kein Recht, „das nicht ohne dieſelbe ſchon da geweſen; legt dem „Anrufenden auch keine Verbindlichkeit auf, die ihm „nicht auch ohne dieſelbe ſchon obliegt. Sie dienen blos, „das Gewiſſen der Menſchen, wenn es etwa eingeſchläfert ſeyn ſollte, aufzuwecken, und auf das aufmerkſam „zu machen, was der Wille des Weltrichters ſchon ſo „von ihm fordert.“ — Die in den finſtern Zeiten des Aberglaubens aufgekommene Lehre, daß der Eid eine neue Verbindlichkeit und zwar gegen Gott hervorbringe, eine Quelle der abſcheulichſten Mißbräuche, hat indeſſen viele Anhänger gefunden, bei denen man mehr Aufklärung hätte vermuthen ſollen. z. B. Grotius J. B. et P. Lib. 2. cap. 13. §. 14. behauptet, daß ein erzwungener Eid verbindlich ſei. Etsi enim, ſagt er, personae ius deficiat, *cum Deo tamen negotium*

bleibt daher ein ſolches, wenn es auch eidlich geſchie- het. Da aber in den Fällen, wo die Parteien nicht ſowol verbietenden Geſetzen zuwider gehandelt, als vielmehr nur einen Handel geſchloſſen haben, dem die Geſetze den völligen gerichtlichen Effect nicht ge- ſtattet wiſſen wollen, das wirkliche Daſein einer Verbindlichkeit an ſich nicht zu bezweifeln iſt, da es ferner bei manchen verbietenden Vorſchriften der Geſetze, welche dieſe oder jene Perſonen zu ihrem eigenen Beßten von gewiſſen Rechtsgeſchäften aus- ſchließen, vielfältig zutreffen kann, daß nach indi- viduellen Verhältniſſen Rechte und Verbindlichkei- ten durch den Handel gewirkt werden, obgleich in bürgerlichen Gerichten keine Rückſicht darauf zu neh- men iſt (§. 70.), ſo muß auch in ſolchen Fällen der Eid unſtreitig diejenige Wirkung haben, welche jede eidliche Zuſage an ſich mit ſich führt, das iſt, ob- gleich der Eid keine neue Verbindlichkeit hervor- bringt, ſoll und kann er doch dem Schwörenden die Erfüllung der vorhandenen Pflicht angelegener ma- chen, weil er uns auf die höchſten und triſtigſten Bewegungsgründe zur Treue und Redlichkeit zurück- führt.

tium est, qua de caussa iuramentum voti nomine nuncupatur. Man ſehe dagegen *Gottl. Bened.* Hoffmann de iurisiurandi obligatione accessoria. Lips. 1762. Ayrer de abusu iuram. pag. 49. J. H. Boehmer Jur. Eccles. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 12. Malblanc de iureiurando. §. 10.

führt. Wenn alſo das Naturrecht uns belehrt, daß eidliche Zuſagen eine vorhandene Verbindlichkeit verſtärken, und daß der Meineidige ſich zwiefacher Ungerechtigkeit gegen andere ſchuldig mache, indem er einmal ſein Verſprechen nicht erfüllt, und hiernächſt dem andern ein gerechtes Sicherheitsmittel vereitelt [2]), ſo gebe ich auch gerne zu, daß dieſes alles in dem Falle zutreffe, wenn ein Minderjähriger eidlich angelobt, einen bürgerlich ungültigen Handel, von dem er aber in ſeinem Gewiſſen überzeugt iſt, daß er ihn halten müſſe (§. 70.), zu erfüllen, wenn eine Frauensperſon ſich mittelſt Eides verbürgt, oder ohne Curator eine eidliche Zuſage leiſtet, wenn ein filius familias die Wiederbezahlung einer Geldanleihe mittelſt Eides verſpricht, u. d. m. Da des Menſchen eigenes Gewiſſen in einzelnen Fällen ſein höchſter Richter und Geſetzgeber ſein muß, ſo iſt es richtig, daß die Verpflichtung einen Eid zu halten, von unſerer Ueberzeugung abhange, daß er rechtmäßig: und daß die Erfüllung des Verſprechens, welche wir dadurch vergewiſſern, an und für ſich Pflicht ſei [3]). Wie ſtark aber auch immer die Verbindlichkeit einer ſolchen eidlichen Zuſage an ſich ſelbſt betrachtet ſein mag, ſo iſt und bleibt es doch nun-

2) Hoepfner Naturrecht §. 104. Jakob Philoſophiſche Rechtslehre §. 397.

3) Garve l. c. p. 200.

mehr eine ganz andere Frage: ob und in wie fern ſie auch in bürgerlichen Gerichten wirkſam ſei? das iſt, ob wir nach Vorſchrift der Geſetze und des äuſſern Zwangsrechts zureichende Gründe haben, um behaupten zu dürfen, daß die eidliche Zuſage einem an ſich ungültigen, oder nicht gänzlich wirkſamen Handel die völlige Rechtskraft verſchaffen könne? wobei ſich aber ohne Erinnerung von ſelbſt verſteht, daß hier von dem Falle die Rede nicht ſei, wenn das eidliche Verſprechen in der Folge unter ſolchen Umſtänden geſchiehet, wo den Rechten nach durch Genehmigung eine vollgültige Verbindlichkeit erwachſen kann. Denn da würde nicht ſowol der Eid, als vielmehr die alleinige Ratihabition das Geſchäfte klagbar machen. Dieſes alſo zur Zeit noch bei Seite geſetzt, lehrt uns die Natur der Sache, daß der Eid an ſich keinen Grund enthalte, weshalb die bürgerliche Sanction in Anſehung des Handels ihre Anwendung verlieren ſollte. Denn durch die eidliche Zuſage werden ja die Verhältniſſe und Urſachen nicht aufgehoben, wodurch der bürgerliche Geſetzgeber veranlaßt worden iſt, den Handel als ungültig zu verwerfen, oder ihm die völlige gerichtliche Wirkung zu verſagen. Der Minderjährige, welcher ohne Vormund eidlich contrahirt, iſt doch immer ein Minderjähriger, und der Leichtſinn, der ihn zu dem Handel an ſich verleitet, kann auch beim Eide obwalten;

walten; eben der Nachtheil, welcher jungen Leuten durch die Geldanleihen, durch das Borgen wider die Creditedicte zugefügt werden kann, iſt darum nicht weniger zu befürchten, weil ein verſchmitzter Wucherer ſich mit einem eidlichen Wechſel zu proſpiciren gewußt hat. So lange wir alſo bei den allgemeinen Gründen des Vernunftrechts ſtehen bleiben, iſt auch die Folgerung über alle Zweifel hinweg, daß der Eid, als ſolcher, nie ein Rechtsgeſchäfte vollgültig machen könne, wenn es ſonſt nach Vorſchrift der Geſetze nicht völlig wirkſam iſt, obgleich, wenn der Schuldner ſein Gewiſſen zu Rathe ziehet, ihn billig nichts abhalten ſollte, ſeinem Verſprechen genau nachzukommen. Die Angelegenheiten unſers Gewiſſens gehören aber nicht vor das Menſchliche forum, und können alſo den Richter nicht ermächtigen, von der einmal durch Geſetze beſtimmten Rechtspflege bloß des Eides wegen eine Abänderung zu machen. Ja die Vernunft belehrt uns noch weiter, daß es ſogar ganz verkehrt und zweckwidrig ſein würde, wenn der Geſetzgeber einem Jeden frei ſtellen wollte, ſeine zum Beßten des Staats abzweckenden Vorſchriften durch Eidſchwüre zu vereiteln. Denn entweder die Geſetze, welche der Eid unanwendlich machen ſoll, taugen im Grunde nicht, oder ſie ſind gut, und dem Zweck des Ganzen angemeſſen. Im erſten Fall ſollte man ſie abſchaffen, oder

wenig-

wenigſtens beſſer modificiren, ſo wäre es nicht nöthig, den Eid, als ein Mittel gegen Chikanen herbei zu rufen, welche dergleichen Geſetze gleichſam ſelbſt autoriſirt haben. — Im zweiten Falle iſt es ein offenbarer Unſinn, das Anſehen der Geſetze und ihre Gültigkeit der Willkühr der Parteien Preiß zu geben, und der ſchändlichſte Mißbrauch einer nach Vernunft und Religion überaus heiligen Sache, wenn der Eid dazu angewandt werden darf, um dasjenige, was gute Ordnung aufrecht erhalten ſoll, wieder rückgängig zu machen, ja es iſt unvermeidlich, daß nicht durch dieſen Mißbrauch allmälig eine Leichtſinnigkeit gegen den Eid überhaupt einreiſſen ſollte, wobei am Ende der politiſche Zweck, welchen der Eid befördern ſoll, aber nicht anders befördern kann, als wenn die Heiligkeit deſſelben bei den Unterthanen in der höchſtmöglichſten Achtung und Ehrfurcht ſtehet, gänzlich verfehlt, wol aber Statt deſſen eine Geringſchätzung des Eides, und eine Gleichgültigkeit dagegen veranlaßt wird, welche auf Sittlichkeit und religiöſe Denkungsart des Volks überhaupt den nachtheiligſten Einfluß hat.

§. 120.

Fortſetzung.

Was nun ſolchergeſtalt aus der Natur der Sache als klare Folge hervorgeht, dazu darf der Richter nicht erſt durch poſitive Vorſchriften angewieſen werden,

den, es genügt, wenn ihm nur nicht das Gegentheil in den Civilgeſetzen zur Pflicht gemacht worden iſt.

Dieſe Betrachtung kann uns bei Erörterung der Frage: wie ſich die Sache eigentlich nach den in Deutſchland geltenden poſitiven Rechten verhalte? nicht nur vieles erleichtern, ſondern auch manche Irrthümer vermeiden helfen. Nach Römiſchen Rechten leidet es durchaus keinen Zweifel, daß Verſprechungs-Eide den Geſchäften keinen gerichtlichen Effect beilegen können, den dieſe ſonſt nicht haben [1]). Um uns aber hievon zu überzeugen, iſt ſchon hinreichend, daß keine beſtimmten Vorſchriften des Gegentheils vorhanden ſind, und daß alſo die Geſetzgebung es bei dem hat bewenden laſſen, was die Grundſätze des Vernunftrechts hierüber beſtimmen. Kann man dieß noch überdem durch einzelne Geſetzſtellen beſtärken: ſo iſt es deſto beſſer; nur ſollte man hievon den ganzen Beweiß der Sache nicht allein abhängig machen, und dadurch ſelbſt die Schwierigkeiten veranlaſſen, welche unvermeidlich ſind, wenn etwa ſolche Stellen nicht ſo ganz allgemein lauten, daß man ſie als Regeln für alle Fälle anzuſehen hätte. Daß z. B. der ſimple Vertrag (pactum nudum) nach Römiſchen Rechten durch den Eid nicht klagbar wird, iſt eine

Sache,

1) Malblanc de iureiurando. §. 79. sequ. *F. G. J.* Burchard de effectu iurisiurandi promissorii praecipue renunciationibus beneficiorum adiecti. Rostochii 1789.

Sache, die an ſich ihre Richtigkeit hat, obgleich die beſondern Geſetze, woraus Malblanc es beweiſen will, ihm eigentlich nicht zu Statten kommen [2]). Geht man aber, wie geſagt, von dem Grundſatze aus, daß unſere Civilgeſetze in dieſem Stücke keine ausdrückliche Abänderung deſſen, was die geſunde Vernunft an ſich ſchon mit ſich bringt, enthalten [3]): ſo kann danächſt von dergleichen beſtimmtern Vorſchriften zur nähern Erläuterung der Sache ein guter Gebrauch gemacht werden. So ausgemacht nun die Sache nach dem Römiſchen Rechte auch iſt, ſo ſehr hat man ſich doch in der Folge durch gewiſſe Grundſätze des päbſtlichen Rechts von der rechten Bahn verleiten laſſen. Die heiligen Väter hielten es ihren Abſichten zuträglich, den Satz, daß durch jeden

2) L. 6. und 7. §. 16. D. *de pactis.* In Anſehung der letztern Stelle iſt die Richtigkeit der Lesart von einigen bezweifelt worden. CUIACIUS Lib. I. Obseruat. Cap. 24. erläutert die Worte: *iusiurandum de hoc adactum ne quis agat*, ſehr zutreffend, und zeigt überhaupt, daß hier von ſolchen Handlungen die Rede ſei, welche dergeſtalt den Geſetzen zuwider ſind, daß keine Privatdiſpoſition dagegen Statt finden könne, wohin doch das pactum nudum, in deſſen Rückſicht Malblanc dieſe Geſetze als Beweißſtellen anführt, gar nicht gehöret.

3) Man hat zwar dergleichen in L. 1. C. *Si aduersus vendit.* antreffen wollen, jedoch ohne Grund, wie **Malblanc** Seite 330. bündig dargethan hat. Vielleicht kann auch dasjenige, was wir oben §. 72. von der Verbindlichkeit der Minderjährigen überhaupt vorgetragen haben, die Sache noch etwas näher erläutern.

jeden Eid eine beſondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeugt werde, ſammt einer Menge freilich ſehr widerſinniger Folgen daraus in Gang zu bringen, und dieſes hat bekanntlich unendlich viele Verwirrung in der Theorie ſowol, als in der Anwendung veranlaßt. Zuvörderſt iſt durch Vorſchub dieſer geiſtlichen Grundſätze die bekannte Conſtitution des Kaiſers **Friedrich** I. (authent. Sacramenta puberum) in das Römiſche Geſetzbuch eingefloſſen, und in der Folge hat man übrigens faſt allgemein angenommen, 1) daß das canoniſche Recht in der Lehre vom Eide dem Römiſchen durchgängig vorgehe [4]). 2) Daß aber nach Anleitung des geiſtlichen Rechts zu unterſcheiden ſei, ob der ſonſt unwirkſame Handel zu den abſolut verbotenen gehöre, oder ob die bürgerliche Ungültigkeit nur **zum Beßren** des Schwörenden abziele? da denn zwar im Erſten Fall das Geſchäfte, des Eides ungeachtet, nicht beſtehen, wol aber im Zweiten Falle der Eid die Wirkung haben ſoll, daß derjenige, welcher ihn geleiſtet, an ſein Verſprechen gebunden, und die Gültigkeit deſſelben zu beſtreiten, nicht weiter befugt ſei [5]). Es herrſchen indeß ſelbſt unter den Rechtsgelehrten, welche im Ganzen das Anſehen des canoniſchen Rechts in dieſem Puncte auch

4) *Just. Henning.* Boehmer in iure ecclesiast. Protestant. Lib. 2. Tit. 24. §. 23.

5) J. A. Hellfeld iurisprud. forens. §. 341. Boehmer c. l. §. 24. sequ.

auch bei den Proteſtanten nicht beſtreiten, dennoch, wenn es auf nähere Anwendung und Beſtimmung in den einzelnen Fällen ankommt, ſo mancherlei verſchiedene Meinungen, daß eben dadurch auch der Gerichtsgebrauch ſehr ungewiß, und überhaupt die Rechtspflege äußerſt ſchwankend und unſicher geworden iſt. Ein ganz natürlicher Anlaß dazu iſt unſtreitig darin zu ſetzen, daß die Stellen des päbſtlichen Rechts, welche dem ganzen Lehrgebäude zur Grundlage dienen ſollen, die Sache nicht allgemein, und beſtimmt genug umfaſſen, welches zwar auf der Einen Seite häufig genutzt wird, um die Lehren des Vernunftrechts gegen den Aberglauben in Schutz zu nehmen, aber auch auf der andern Seite zu allerhand verdrehenden Deutungen Gelegenheit giebt, um die Vernunft unter den heiligen Einfällen des Römiſchen Biſchofs gefangen zu halten. Eigentlich haben wir keine ganz beſtimmte Vorſchrift des canoniſchen Rechts, worin jene Diſtincion unter Geſchäften, die abſolut verboten, und ſolchen, die nur zum Privatbeßten der Parteien ungültig ſind, mit ausdrücklichen Worten als allgemeine Regel veſtgeſetzt wäre, um darnach die Wirkung des Eides **in allen** Fällen zu beſtimmen. Vielmehr iſt in den Stellen, worauf die ganze Lehre geſtützt wird [6]), nur von zwei einzelnen Materien, von der ſonſt ungültigen Veräu-

ßerung

6) Cap. 28. X. *de iureiurando*. Cap. 2. *de pactis in 6to*.

ßerung eines Dotal-Grundſtücks, und der, nach Römiſchen Rechten unverbindlichen Entſagung einer künftigen Erbſchaft die Rede. Daß nun die päbſtliche Sanction, wonach dieſe Geſchäfte durch den Eid aufrecht zu erhalten ſind, auch in allen übrigen Fällen, wo der Eid mit den bürgerlichen Geſetzen in Colliſion geräth, gleichfalls zur Norm dienen ſolle, das ſagen die Verordnungen ſelbſt nicht, ſondern nur die Ausleger halten ſich zu dieſer Extenſion, nach Anleitung eines Lehrſatzes berechtigt, den der Pabſt bloß als einen Grund jener ſpeciellen Verordnung anführt, wenn er ſagt: Mulieres ipsae seruare debent huiusmodi iuramenta sine vi et dolo sponte praestita, quum in alterius praeiudicium non redundent, *nec obseruata vergant in dispendium salutis.*

§. 121.

Die Vorſchriften des canoniſchen Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben.

Da nun die Vorſchriften des canoniſchen Rechts, wenn man ſie genauer nachſiehet, noch ſo manches unbeſtimmt laſſen, und hiernächſt auch die im vorigen §. erwähnte Diſtinction, worauf die Ausleger alles zurückführen, in der Anwendung vielen Schwie-

rigkeiten unterworfen iſt, ſo hat es denn freilich wol nicht fehlen können, daß in allen einzelnen hieher gehörigen Materien die Wirkung des Eides noch immer ein Gegenſtand juriſtiſcher Zänkereien geblieben iſt [1]). Von Jeſuiten ward einmal behauptet, daß jene Vorſchriften des Pabſtes gar nicht die Abſicht hätten, dem Eide in ſolchen Fällen eine **gerichtliche** Wirkung beizulegen, ſondern daß ſie nur dem Schwörenden eine Gewiſſenspflicht einſchärfen ſollten [2]). Dieß nun bei Seite geſetzt, da uns die ganze Faſſung der päbſtlichen Verordnungen vom Gegentheile überzeugt, verdienen doch diejenigen Folgerungen ſchon mehrere Aufmerkſamkeit, welche man aus dem Grundſatze abge-

1) Ueberhaupt ſind hier außer der gründlichen Ausführung des Herrn Prof. **Malblanc**, folgende Schriften zu merken: *Polyc. Mich.* RECHENBACH de vi et efficacia iuramenti promiſſorii et confirmatorii ad ductum Cap. 28. X. de iureiurando. Alt. 1688. *Jac. Frid.* LUDOVICI de intellectu Brocardici vulgaris, *omne iuramentum ſeruandum eſſe, quod ſalua ſalute aeterna ſeruari poteſt.* Halae 1705. *Jac. Frid.* KAYSER de efficacia iurisiurandi in actibus inualidis et illicitis. Gieſſae 1736. *Joa. Mich.* ROTERMUND de iuramento actibus inualidis adiecto. Erford. 1737. **Chriſtian Friederich Schorcht** von der Ungültigkeit des Eides bei ungültigen Verträgen. Jena 1786. welche letztere Abhandlung ſich mehr durch geſchichtliche Darſtellung der verſchiedenen päbſtlichen Kunſtgriffe in Anſehung des Eides, als durch theoretiſche Entwickelung der Sache ſelbſt auszeichnet.

2) Man ſehe *Juſt. Henning.* BOEHMER J. E. P. Lib. 2. Tit. 24. §. 33.

abgeleitet hat, daß wenigſtens bei den erwähnten Stellen des canoniſchen Rechts die ſtrengſte Erklärung eintreten müſſe. Vermöge dieſes Grundſatzes, welcher überhaupt genommen, allerdings hier anwendlich iſt, hat man bei Geſchäften, die ſonſt nicht zu Recht beſtehen, dem Eide nur den Effect beilegen wollen, daß dem Schwörenden zwar nicht zu geſtatten ſei, die Aufhebung des Geſchäftes mittelſt einer Klage zu verlangen, daß aber, wenn der Handel noch nicht erfüllt ſein ſollte, der Schwörende bloß des Eides wegen nicht belangt werden könne, um dasjenige zu erfüllen, wozu ihm die bürgerlichen Geſetze ſonſt nicht gezwungen wiſſen wollen. Dieſe Meinung hat angeſehene Vertheidiger [3]), aber auch eben ſo bewährte Gegner gefunden [4]). Bei einer ſolchen Uneinigkeit grade über diejenigen Vorſchriften des canoniſchen Rechts, welche den Hauptgrund der Entſcheidung in allen hieher gehörenden einzelnen Fällen enthalten ſollen, iſt es nun ſehr leicht zu erachten, daß man vollends in ein Labyrinth von Controverſen gerathen werde, ſobald man ſich die Mühe nimmt, etwas näher ins Detail zu gehen, und in den

3) Franzkivs Lib. 2. Resolut. 6. n. 24. sequ. Zoesius Comm. ad Pand. Tit. de iureiurando. n. 86. Lyncker Analect. ad Tit. Dig. de iureiur. th. 21. Setser de iurament. Lib. 2. Cap. 1.

4) Stryck de action. inuestigand. Sect. 1. membr. 3. §. 42. 43. J. H. Boehmer I. E. P. c. l. §. 37.

beſondern Fällen über des Eides Wirkung die Ausleger zu Rathe zu ziehen. Zwar ſind faſt alle überhaupt darin einig, daß Verträge und Geſchäfte, die nicht ſowol zum Beßten gewiſſer Perſonen ungültig, als vielmehr an ſich ſchon den Rechten nach verboten und unerlaubt ſind, keinesweges durch den Eid gültig werden können. Allein dagegen hat es doch Rechtsgelehrte gegeben, welche behauptet haben, 1) daß eine aus verbotenen Spielen herrührende Forderung durch den Eid rechtsbeſtändig werde [5]), wiederum andere, 2) welche das Verſprechen unerlaubter Zinſen verbindlich und wirkſam halten, wenn es eidlich geſchehen iſt [6]). Die Frage: ob und in wie fern 3) ein Minderjähriger ſich der Rechte ſeines Alters bedienen könne, um einen Handel anzufechten, den er eidlich getroffen hat? ſollte freilich am wenigſten ſtreitig ſein, weil doch darüber in der bekannten auth. *Sacramenta puberum* eine beſondere Conſtitution vorliegt. Man darf aber nur die gelehrte Abhandlung des berühmten von Quiſtorp über dieſen Gegenſtand zur Hand nehmen, um ſich zu überzeugen, wie

5) Mollenbec Thesaur. tit. de Aleatorib. n. 17.

6) *Ernest.* Cothmann Vol. 1. Resp. 18. num. 213. Berlich P. II. Dec. 268. n. 9. Mit Recht wird das Gegentheil gelehrt von Struv *de anatocismo.* th. 27. J. H. Boehmer c. l. §. 26.

wie viel hier noch in der Theorie ſowol, als in der Praxis unausgemacht und ſchwankend ſei [7]).

§. 122.

Fortſetzung.

Eben ſo verhält ſich die Sache in den übrigen Fällen, wenn gefragt wird, 4) ob und in wie fern eine ſonſt ungültige Verlobung durch den Eid verbindlich werde [1])? imgleichen, ob die eidliche Zuſage die Wirkung haben könne, daß 5) aus der Geldanleihe ſolcher Perſonen, die zur Zeit des Handels der våterlichen Gewalt noch unterworfen waren, eine gültige Klage Statt finde? [2]) 6) Daß lex commis-

7) **Joh. Chriſt. Edler von Quiſtorp** von eidlich geſchehenen Verſprechen und Verzichtleiſtungen der Minderjährigen. Dieſe gelehrte Abhandlung meines ehemaligen verdienten Lehrers findet ſich in deſſen Beiträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien 2tem Stück Seite 124. der erſten, und Seite 370. der zweiten Ausgabe. Man ſehe auch die Beiträge zur juriſtiſchen Litteratur in den Preuſſiſchen Staaten. Siebente Sammlung, Seite 70. Malblanc de iureiurando. §. 118. not. 171. und die gründliche Ausführung des Voet Comment. ad Pandect. Tit. de minoribus, §. 46. sequ.

1) Malblanc c. l. §. 118. worauf ich bei dieſem Paragraph überhaupt verweiſe. *J. F.* Keesius de iurisiurandi Sponsalibus adiecti efficacia. Lips. 1776.

2) Voet Comment. ad Pand. Tit. de S. C. Maced. §. 10. Lauterbach Colleg. theor. pract. Tit. eod. §. 27. Pufendorf Tom. 2. Obs. 171. *Fratr.* Becmann. Consil. et Decis. Tom. 1. Dec. 13. u. a. m.

missoria bei Verpfändungen ³), imgleichen eine nicht gerichtlich geſchehene Schenkung über 500 Solidi

a. m. verneinen dieſes mit Recht; wiewol Carpzov Part. 3. Decis. 256. n. 31. und Stryck Cautel. contract. P. 2. Cap. 1. §. 15. das Gegentheil lehren.

3) Daß ſchon ſelbſt das Cap. 7. X. de pignorib. die eidliche Zuſage hier unverbindlich erkläre, wie einige behaupten wollen, I. H. Boehmer I. E. P. Lib. 2. Tit. 24. §. 25. Malblanc c. l., iſt bei genauer Prüfung der Rechtsangelegenheit, wovon an gedachter Stelle gehandelt wird, nicht füglich anzunehmen. Der Schuldner hatte ſich zwar eidlich verbindlich gemacht, das Pfand binnen einer gewiſſen Zeit einzulöſen, oder es dem Gläubiger gänzlich zu überlaſſen, aber auch bereits alle Vorkehr zur Einlöſung getroffen, und er war ſeiner Seits gänzlich außer Schuld, daß das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Gläubigers kam. Da ihn nun der Pabſt aus dieſer Urſache von der Erfüllung ſeines eidlichen Verſprechens diſpenſirt, ſo erhellt ziemlich klar, daß auf den Fall, wenn der Schuldner ſolche Gründe nicht vor ſich haben ſollte, die gedachte päbſtliche Verordnung nicht anwendlich ſei. Man kann auch nicht immer annehmen, daß lex commissoria einen unerlaubten Wucher in ſich ſchließe; weshalb denn einige in dieſer Hinſicht unterſcheiden, ob wirklich eine usuraria prauitas unter dem Vertrage verborgen ſei, oder nicht; und nur im erſten Falle, jedoch nicht in dem letztern, den Eid unwirkſam halten. Erxleben de pignoribus, §. 118.; wiewol andere durchgängig den erwähnten Vertrag, wenn er eidlich geſchloſſen iſt, für gültig erklären. Brunnemann ad L. fin. Cod. de pact. pignor. Schleiermacher de pacto commissorio in pignore, Gissae 1702. §. 20. Das Gegentheil vertheidigt Behmer iur. nou. controu. obseru. 137.

liden [4]), 7) der ſonſt ungültige Vergleich über künftige Alimente [5]), 8) die Schenkung unter Ehegatten [6]), 9) die Bürgſchaft der Frauensperſonen [7]), 10) alle Rechtsgeſchäfte derſelben, ohne die ſonſt erſorderliche Zuziehung des Geſchlechts-Vormundes [8]), dadurch aufrecht erhalten werden können? u. d. m.

4) I. H. Boehmer c. l. §. 31. I. A. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1702. halten dafür, daß der Eid den Mangel der gerichtlichen Inſinuation ergänze. Das Gegentheil behaupten aber: *Jac. Frid.* Ludovici de genuino intellectu Brocardici vulgaris: *omne iuramentum* etc. §. 12. seq. Ayrer de abusu iuram. §. 40.

5) Boehmer c. l. §. 30. Brunnemann ad L. 8. C. de transact. imgleichen Stryck vs. Mod. Lib. 2. Tit. 15. §. 11. wollen in dieſem Falle den Beſtand des Vergleichs vertheidigen; der angeführte Ludovici und Ayrer lehren das Gegentheil.

6) *Sam.* Coccei iur. controu. Tit. de donat. inter vir. et uxor. Quaest. 3. I. H. Boehmer c. l. §. 32. und Lib. IV. Tit. 20. §. 74. finden alsdann dieſe Schenkung unwiederruflich.

7) Der Gerichtsgebrauch, daß in ſolchem Falle die Bürgſchaft der Frauensperſonen zu Recht beſtehe, iſt nicht mehr zu bezweifeln. Malblanc l. c. woſelbſt die vorzüglichſten Schriftſteller, welche dieſen Vorwurf bearbeitet haben, angeführet ſind. Man ſehe aber auch **Oesfeld über die Eidesleiſtungen**, §. 13.

8) Hommel Rhapsod. Quaest. Obseru. 274. iſt der Meinung, daß der Handel durch den Eid gültig werde, wenn dieſer körperlich abgeleiſtet worden, nicht aber, wenn die eidliche Zuſage nur ſchriftlich geſchehen wäre.

§. 123.

Nach welchen Grundſätzen müßte eigentlich in proteſtantiſchen Gerichten die Sache behandelt werden?

Wenn man die Geſchäfte der Minderjährigen, und die Bürgſchaft der Frauensperſonen ausnimmt, von denen es nun freilich, theils durch ausdrückliche Geſetze, theils durch einen entſchiedenen Gerichtsgebrauch ausgemacht iſt, daß der Eid den ſonſt unwirkſamen Handel gültig mache, ſo ſtimme ich im übrigen gern der Meinung bei, daß in proteſtantiſchen Gerichten keineswegs nach den irrigen Lehren des päbſtlichen Rechts, und den noch unrichtigern Folgerungen, welche von Zeit zu Zeit daraus abgeleitet ſind, zu verfahren ſei. Der Satz, daß das canoniſche Recht vorzüglich in der Lehre vom Eide dem Römiſchen vorgehe, gehört bei genauerer Prüfung offenbar unter diejenigen, welche ſich zuletzt in bloße Vorurtheile verlieren. Dieß iſt von andern bereits ſo bündig dargethan, daß ich es ſicher als erwieſen annehmen darf [1]). Die ganze Summe der päbſtlichen Vorſchriften, daß der Eid einen bürgerlich ungültigen Handel verbindlich und wirkſam machen könne, beruhet auf dem irrigen Grundſatz, daß der Eid eine beſondere Verbindlichkeit gegen Gott er-

zeuge,

1) Malblanc §. 116. sequ.

zeuge, daß alſo das Haupt der Kirche, und überall die geiſtlichen Gerichte an Gottes Statt auf die Erfüllung ſolcher eidlichen Zuſagen ohne Rückſicht weltlicher Anordnungen kräftig zu halten, und nur ſie das Recht hätten, allenfalls von den beſondern Pflichten, die der Eid Jemandem auferlegt, durch die bekannte Relaxation zu diſpenſiren. Kein vernünftiger proteſtantiſcher Rechtsgelehrter wird leugnen, daß das päbſtliche Recht in ſolchen Vorſchriften, welche den gereinigten Religionsbegriffen unſerer Kirche widerſtreiten, bei uns nicht geltend ſein könne. Und gleichwol legt man dieſem Rechte grade in der Materie einen Vorzug bei, wo alles auf ſolchen Gründen beruhet, welche unſerm Religionsſyſteme gänzlich zuwider ſind. Ja wenn man auch in dieſer Hinſicht den canoniſchen Rechten im Ganzen das geſetzliche Anſehen bei uns nicht verſagen wollte, ſo müßte man doch vor allen Dingen auf den eigentlichen Inhalt der päbſtlichen Vorſchriften etwas mehr Rückſicht nehmen, und keinen Gebrauch davon machen, ohne zugleich die Regeln genau zu befolgen, welche in der Anwendung poſitiver Geſetze dieſer Art überhaupt zu beobachten ſind. Das canoniſche Recht enthält, wie wir oben ſchon bemerkt haben, keine einzige allgemeine Verordnung, welche man als eine ausdrückliche Vorſchrift für alle Fälle zu betrachten hätte, da es nur in gewiſſen ein-

zelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beilegt, die er ſonſt nach den Grundſätzen des Vernunftrechts und der Civilgeſetze nicht haben würde. Daher iſt es ja offenbar widerrechtlich, wenn man gleichwol die ſingulairen Vorſchriften auf ſolche Fälle extendiren will, deren doch das päbſtliche Recht ſelbſt mit keinem Worte erwähnt. Man wende nicht ein, daß der Grund des päbſtlichen Rechts bei jenen einzelnen Diſpoſitionen ſo allgemein laute, daß er auch in den übrigen Fällen anwendlich ſei: — quum iuramenta in alterius praeiudicium non redundent, nec obseruata vergant in dispendium salutus aeternae. — Es iſt ſchlimm genug, daß die Ausleger ſich erlaubt haben, dieſen Satz, welchen der Pabſt nur als den Grund ſeiner auf einzelne Gegenſtände gerichteten Vorſchriften anführt, ganz willkührlich in die allgemeine Regel umzuſchaffen: Omne iuramentum seruandum est, quod salua salute aeterna seruari potest, wie wir es in mehrern Lehrbüchern und Syſtemen des bürgerlichen Rechts antreffen. Tales irregularitates, ſagt Hommel [2]), familiari vitio in regulas conuertunt Jureconsulti. So unrichtig aber dieſes iſt, ſo fehlerhaft iſt auch der Gebrauch davon in der Anwendung. Daß der Eid den Rechtsgeſchäften keine andere Wirkung geben kann,

2) Hommel Rhapsod. quaestion. obseru. 784. n. 9. Derſelbe obseru. 511. und 643.

kann, als ſie ſonſt in geſetzlicher Ordnung haben, muß natürlich als Regel des Vernunftrechts in Gerichten ſo lange gelten, bis klare poſitive Geſetze das Gegentheil beſtimmt haben. Verordnungen, welche dieß letztere in beſtimmten einzelnen Fällen verfügen, können aber auch nicht weiter, als auf die beſondern Gegenſtände, wovon ſie handeln, angewandt werden. Die Regel: wo der Grund des Geſetzes eintritt, da gilt auch die Verordnung deſſelben, iſt hier ohne Mißbrauch nicht anzuwenden, ſondern in den ausdrücklich nicht genannten Fällen den Vorſchriften des Vernunftrechts nachzugehen. (§. 63.) Nichts deſto weniger wird immer noch von jenen Verordnungen des Päbſtlichen Rechts ein ſeltſamer Gebrauch gemacht, und dieſer iſt unter Autorität der bewährteſten Rechtsgelehrten [3]), dergeſtalt eingeriſſen, daß die triftigſten Gründe bisher dagegen wenig oder gar nichts haben ausrichten können. Der gewiſſenhafte **Brunnemann** [4]) hält es ſogar nach ſeinen Begriffen von der Heiligkeit des Eides nicht einmal erlaubt, wenn die geſetzgebende Macht durch

3) I. H. Boehmer I. E. P. c. l. §. 29. C. F. Hommel Obseru. 274. Struben rechtl. Bedenken, Th. 1. Num. 24. Hellfeld iurisprud. forens. §. 341.

4) *Joh.* Brunnemann *Comment. in Codic. Tit. Si aduersus venditionem ibique auth. Sacram. puber. Hartmann* Pistor P. IV. Quaest. 6.

durch zweckdienliche Verordnung dem Mißbrauch abhelfen wollte. Und gleichwol iſt dieß das einzige und ſicherſte Mittel, um die Rechtspflege mit der geſunden Vernunft wieder auszuſöhnen.

Die Hollſteiniſchen Provinzialgeſetze haben dergleichen heilſame Vorſchrift aufzuweiſen, welche überhaupt die Abſtellung des überflüſſigen und zweckwidrigen Gebrauchs der Eide zum Vorwurfe hat, die aber auch beſonders in Rückſicht auf den Gegenſtand, wovon hier die Rede iſt, zu den wolthätigen Anſtalten gehört, deren Bekanntmachung auch den auswärtigen Leſer allemal intereſſirt. Sie lautet wörtlich alſo: Auf eben die Art nun, als Wir die Eide in den Gerichten, ſo viel möglich, eingeſchränket wiſſen wollen, ſoll auch den außergerichtlichen Eiden dahin Ziel und Maaße geſetzet ſeyn, daß nicht nur bey unzuläſſigen, in den Geſetzen verbotenen Handlungen und Vereinbarungen, die zu vermeynter Beſtärkung derſelben hinzugefügte Schrift- oder cörperliche Eide ohne alle rechtliche Kraft und Wirkung, und diejenigen, ſo dergleichen begehren, oder leiſten, dafür einer willkührlichen Strafe unterworfen ſeyn, ſondern auch inskünftige niemand von ſeinem Schuldner ein eidliches Verſprechen, zu der geſetzten Zeit ohnfehlbar Zahlung zu leiſten, bey arbitrairer Poen, verlangen, oder annehmen, und der etwanige

wanige Eid, mit welchem andere an ſich erlaubte Contracte, Verträge und Verzichte beſtätiget werden möchten, keine mehrere oder ſtärkere Verbindlichkeit, als die Sache, denen Rechten nach, an ſich hat, bewirken, mithin auch darauf in der richterlichen Erkenntniß kein Bedacht genommen, ſondern wo die bisherigen Geſetze, oder das Herkommen desfals ein anderes mit ſich brächten, ſolches hiemit ausdrücklich aufgehoben ſeyn ſoll; um ſo viel mehr, da die in den Canoniſchen Rechten dem Eide bey bürgerlichen Geſchäften und Handlungen beygelegte Wirkung, einer neuen Verbindlichkeit manchen Mißbrauch nach ſich gezogen hat; und an ſich auf verworfenen Grundſätzen beruhet. Wie denn insbeſondere Unſer allergnädigſter Wille und Meynung dahin gehet, daß wenn eine Frauensperſon ihren weiblichen Vorrechten, oder einer künftigen Erbſchaft renunciiret, oder ein Minderjähriger irgend eine verbindliche Handlung, es ſey in einem Eheberedungsfalle, oder in andern bürgerlichen Angelegenheiten, eingehet, der hinzukommende Eid die Wirkung einer ſtärkeren Verbindlichkeit, als die Rechte der Handlung an ſich ſelbſt beylegen, ebenfalls nicht haben, mithin als unnütz weiter nicht Statt finden, und dahingegen der Zweck, mit dergleichen privile-

girten

girten Perſonen gültig und rechtsbeſtändig zu contrahiren, dadurch erreichet werden ſolle, daß, wenn eine Frauensperſon ſich verbürget, oder ihres Erbrechts begiebet, ſolches vor Gericht, und nach genugſamer Unterrichtung derſelben von den Vorrechten und Befugniſſen, deren ſie ſich verzeihet, geſchehe, und über dieſe Handlung ein förmliches Protocoll gehalten werde; desgleichen, wenn ein Minderjähriger contrahirct, ſolches mit ausdrücklicher Einwilligung ſeines Vormundes, und in beträchtlichen Fällen, da dieſer, ſeiner Sicherheit halber, ohnehin gerne gedeckt ſeyn wird, mit Vorwiſſen und Genehmigung der Obrigkeit, auf ein, nach unterſuchter Sache abzufaſſendes Erlaubnißdecret geſchehe. Gleichwie Wir übrigens, in Anſehung der ſich verbürgenden, oder ihres Erbrechts ſich begebenden adelichen Frauen und Jungfrauen, es bey der Landgerichtsordnung Part. IV. Tit. V. §. 10. 11. in alle Wege bewenden laſſen; alſo wollen und verfügen Wir annoch, daß, wenn jemand, der nicht dazu von Amtswegen befugt iſt, ſich nach dieſem unterfangen ſollte, minderjährige Perſonen, die noch unter Vormündern ſtehen, in einiger Abſicht mit einem Eide zu verbinden, er ſowol als der Vormund, von dem

dieſe eidliche Verpflichtung etwa geſtattet würde, deſsfals willkührlich zu beſtrafen ſey [5]).

Das allgemeine Geſetzbuch für die Preußiſchen Staaten verordnet gleichfalls, daß durch eidliche Beſtärkung kein Vertrag mehrere Kraft erhält, als ihm die Geſetze ſchon an ſich beilegen [6]).

Eilfter Abſchnitt.

Ob und in wie fern Verträge und Rechtsgeſchäfte, die an ſich nicht völlig wirkſam ſind, durch das Conſtitutum und nachherige Genehmigung klagbar werden können?

---

§. 124.

Einleitung.

Das ſogenannte constitutum alienum können wir freilich übergehen, weil in Rückſicht auf deſſen Wirkung bei bloß natürlichen Verbindlichkeiten eben das Rech=

5) Allerhöchſte Königliche Verordnung wegen Einſchränkung des überflüſſigen Gebrauchs der Eide, d. d. 11. Dec. 1758. und deren Extenſion auf den vormals großfürſtl. Antheil des Herzogthums Hollſtein, d. d. Glückſtadt 24. Octob. 1775. §. 14.

6) Allgemeines Geſetzbuch für die Preußiſchen Staaten, Th. 1. Tit. 5. §. 199.

Rechtens iſt, was wir von der Bürgſchaft bereits vorgetragen haben. Eine Bemerkung über die Sache wird indeß dem Leſer nicht mißfallen. Die Lehrbücher pflegen das constitutum debiti alieni von der Bürgſchaft nur formaliter dadurch zu unterſcheiden, daß dieſe bei den Römern mittelſt der Stipulation, jenes aber nach Art eines bloßen Vertrags eingegangen ward. Auf den Unterſchied in der Sache ſelbſt — differentia essentialis — ſcheint man nicht zu achten, welcher eigentlich darin beſteht, daß die Bürgſchaft ihrer Natur nach immer eine größere Sicherheit des Gläubigers zum Zweck hat, dahingegen das constitutum ſich hierauf wenigſtens nicht einſchränkt. Vielmehr iſt aus allen Geſetzſtellen, welche von dieſer Art der Interceſſion handeln, deutlich zu erſehen, daß bei dem constituto eine ganz andere Abſicht der Partеien obwaltet. Geſetzt, dem Gläubiger iſt es eigentlich um mehrere Sicherheit in Anſehung des Hauptſchuldners gar nicht zu thun, wol aber daran gelegen, ſich in Anſehung der Zahlungstermine, des Orts der Zahlung, der Münzſorte oder ſonſt in Anſehung des Objects der Verbindlichkeit, einige Bequemlichkeit zu verſchaffen, und ein Anderer als der Hauptſchuldner verſpricht ihm ſolches zu leiſten. Dieſe Fälle ſind es, welch ſich von der Bürgſchaft weſentlich unterſcheiden, und welche in unſern Geſetzen als eigenthümliche Merkmale des constituti angeführt werden

den [1]). Vom constituto proprio aber gilt bekanntlich die Regel, daß es eine gültige Klage hervorbringt,

Mm ſobald

1) Daß bei der Bürgſchaft allemal weſentlich der Zweck größerer Sicherheit des Gläubigers angenommen werden müſſe, zeigt ſchon der Sprachgebrauch, und mehrere Geſetze geben dieß unterſcheidende Merkmal deutlich genug zu erkennen. Pro eo, ſagt **Juſtinian**, pr. I. de *Fideiussorib.* qui promittit, solent alii obligari, qui fideiussores appellantur, quos homines accipere solent, *dum curant ut diligentius sibi cautum sit* —. Was kann auch deutlicher ſein, als die Worte Gaii L. 1. §. 8. D. *de obligat. et actionib.* Aut proprio nomine quisquam obligatur, aut alieno. Qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui *eadem* obligatione teneantur, dum curamus, ut *quod in obligationem deduximus*, *t u t i u s* nobis debeatur. Derſelbe Juriſt ſagt auch bei einer andern Gelegenheit, L. 1. D. *Qui satisdare cogantur*: Satisdatio eodem modo appellata est, quo satisfactio. Nam ut satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus, ita satisdare dicimur aduersario, qui pro eo, quod a nobis petiit, ita cauit, ut eum hoc nomine *securum* faciamus datis fideiussoribus. Hiemit vergleiche man nun andere Geſetzſtellen, in welchen vom constituto überhaupt und deſſen Zwecke die Rede iſt. Bei dieſem Rechtsgeſchäfte findet man durchaus keine Erwähnung der **Sicherheit** des Gläubigers; wol aber belehrt uns **Ulpian** L. 3. §. 2. D. de *constituta pecunia:* vel propter has pecunias, quae *nondum* peti possunt, constituta sunt inducta etc. und L. 5. pr. D. *ibid.* Eum, qui Ephesi promisit se soluturum, si *constituat*, alio loco se soluturum, teneri constat —. L. 16. §. 1. ibib. Et certo loco et tempore aliquem

posse

ſobald nur die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Schuld dadurch verſichert iſt, wenn es auch nur eine natürliche Verbindlichkeit im ſtrengen Verſtande des Civilrechts ſein ſollte [2]. So wenig aber die Rechtsgelehrten darauf bedacht geweſen ſind, bei Gelegenheit des Pfandes und der Bürgſchaft den allgemeinen Saß, daß ſolche auch in Anſehung bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten für gültig zu achten, etwas genauer in Rückſicht auf die beſondern Verhältniſſe zu berichtigen, eben ſo wenig hat man ſich auch bei dem gegenwärtigen Gegenſtande es angelegen ſein laſſen, dieſe Lücke im Syſteme des bürgerlichen Rechts durch eine etwas genauere Erörterung der Sache gehörig auszufüllen [3].

posse constituere; auch Paullus, L. 4. *eod.* Si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur. Alles dieſes hat weiter ausgeführt: *Jo. Christ.* Koch Diss. de constituto debiti alieni, eiusque a fideiussione discrimine. Kilon. Holsat. 1777. Ueberhaupt hat der Verfaſſer dieſer überaus wol geſchriebenen Abhandlung, jetziger Oberappellations-Rath beim hohen Tribunal zu Wismar, die wahren Begriffe der Interceſſion und ihrer verſchiedenen Arten ſo gelehrt und zutreffend entwickelt, daß ich ſolches mit völliger Ueberzeugung der Aufmerkſamkeit des Leſers empfehlen darf.

2) L. 1. §. 7. D. *de constituta pecunia.*

3) *Henn.* Rennemann *de constituto obligatorio* in deſſen *Iurisprud. Rom. Germ. membr.* 3. *n.* 23. *Andr.* Mylius *de constituto obligatorio.* Lips. 1682. *Ioa.*

§. 125.
Entwickelung und richtige Beſtimmung der Begriffe.

Wenn ich heute etwas zuſage, was ich ſchon ehedem verſprochen hatte, ſo iſt das noch kein Conſtitutum, ſondern dieß erfordert nach richtigen Begriffen, daß die wiederholte Zuſage wirklich **in Beziehung auf das vorhergehende Verſprechen**, und die daraus entſtandene Schuld geſchehen, und eigentlich die **Erfüllung einer anerkannten Verbindlichkeit** verſichert ſein müſſe. Durch dieſe Beſtimmung iſt das Conſtitutum und pactum geminatum zu unterſcheiden [1]), welches letztere nach Römiſchen Rechten immer nur die eingeſchränkte Wirkung bloßer Verträge behauptet [2]), dahingegen durch das erſtere,

Ioa. Böschen *de constituto.* Argentor. 1641. *August.* Beckstein de constituta pecunia. Lips. 1740. *Ioa. Casp.* Brendel *de constituto conuentionali.* Wittenb. 1694.

1) Zoesius Comment. ad Pandect. Tit. de Pactis n. 59. et Tit. de Constit. pecun. n. 6. in den Worten: constitutum continet *relationem ad prius debitum*, quae facit cessare leuitatem promissionis; nec satis est debitum subesse, aut *iterari* promissionem, sed *debiti mentio facienda*, cum forma huius obligationis sit, *ut pro debito* fiat, alias a *pacto* non distingueretur *geminato*, quod nullam dat actionem.

2) Mylius de constituto. Posit. 4. Schulting de obligatione natur. Cap. 5. I. H. Boehmer de action. Sect. 2. Cap. 7. §. 20.

ſtere, die natürliche Verbindlichkeit aus einem pacto nudo klagbar wird. Das Conſtitutum ſchließt allemal eine Genehmigung in ſich; das Eigenthümliche und Unterſcheidende deſſelben beſteht aber darin, daß es eigentlich eine ſchon vorhandene Verbindlichkeit vorausſetzt [3]), dahingegen die Genehmigung — ratihabitio — überhaupt auch bei Vorfällen wirkſam ſein kann, die ſonſt ganz unverbindlich waren. Es iſt alſo darum, weil etwa in dieſem oder jenem Falle das eigentliche Conſtitutum nicht Statt findet, folglich auch nicht wirkſam ſein kann, dem Geſchäfte noch nicht alle Wirkung abzuſprechen, ſondern erſt zu unterſuchen, ob nicht ſonſt die nachherige Genehmigung überhaupt den Handel aufrecht zu erhalten vermag.

§. 126.

Wirkung im Wege Rechtens.

Dieſe Betrachtung wird uns in den Stand ſetzen, zuvörderſt die Frage den Rechten gemäß zu entſcheiden: ob und in wie fern eine Nichtſchuld in der Folge durch das Zahlungsverſprechen zu einer klagbaren Verbindlichkeit übergehen könne? Sollte die nachherige

3) *Ant.* Perez Prael. in Codic. Lib. 4. Tit. 18. n. 4. Mylius c. l. Posit. 8. Brendel de Constituto conuentionali §. 11. Si quidem omne constitutum ad firmandum debitum accedit; Prius ergo existat, quam ut confirmationi locus sit.

rige Zuſage durch Unwiſſenheit und Irrthum veranlaßt ſein: ſo verſteht es ſich freilich von ſelbſt, daß ſie dem andern kein Recht geben könne [1]). Wie aber, wenn ich etwas zu zahlen verſpreche, wovon ich weiß, daß ich es nicht ſchuldig bin [2]). Böhmer ſagt: de iure romano debitum verum antecedere debebat, alioquin constitutum valere non poterat, adeo ut inde concludant, debitorem non teneri, si vel maxime *scienter* indebitum constituat. Verum licet hoc *per modum constituti* non valeat, non dubium tamen, quin per modum *pacti simplicis* hodie valere possit [3]). So viel iſt nun gewiß, daß in ſolchem Falle das Zahlungsverſprechen als ein Conſtitutum in keinem Betracht gelten könne [4]); aber es kommt darauf an, ob es nicht ſonſt als eine gültige Genehmigung zu Recht beſtehe, oder als Schenkung, wohin das wiſſentliche Verſprechen einer Nichtſchuld unſtreitig gehört

1) Argum. Leg. ult. D. *de Senat. Cons. Maced.* Voet ad Pand. XIII. V. 9.

2) Ueber die Beſtimmung dieſer Frage nach Römiſchen Rechten ſind unſere Civiliſten ſehr uneins, wie zu erſehen beim Voet Comm. ad Pandect. Tit. de const. pecun. §. 5. 7. 9. Zoesius Tit. eod. §. 10. Mylius cit. loco. Posit. 8. Beckstein de constit. n. 55.

3) I. H. Boehmer de actionib. Sect. 2. Cap. 7. §. 21.

4) Quia constitutum firmat tantum, firmari autem nequit, quod non est. Zoesius c. l. §. 5. Voet c. l. §. 9.

hört [5]). Und da muß man allerdings nach den ältern Römiſchen Rechten zugeben, daß die erwähnte Verwillkührung nur ſodann klagbar ſei, wenn ſie in eine förmliche Stipulation eingekleidet worden [6]), weil ohne dieſe alles auf einen bloßen Vertrag, welcher bekanntlich keine Klage hervorbringt, hinausgehen würde, und weil auch die Schenkung bekanntlich nach den Grundſätzen des ältern Rechts nicht zu den klagbaren Verträgen gehört. Ob es aber auch den neuen Vorſchriften des Römiſchen Rechts gemäß ſei, die Anerkennung einer Nichtſchuld nach dieſer Strenge zu behandeln? dürfte ſchwerlich zu bejahen ſein, indem einestheils ausdrückliche Verordnungen in mehr als Einem Falle, ohne der Stipulation zu gedenken, die bloße Genehmigung für hinreichend erklären, um das Unverbindliche verbindlich und klagbar zu ma-

chen

5) Voet ibid. §. 7. Ratione eius quod principale debitum excedit, non alia quam donationis coniectura capi potest. Lib. II. §. 1. D. de constit. pecun. L. 53. D. de Reg. Iur. L. 47. D. de Oper. libert.

6) L. 21. D. *de Verb. Obl.* Si diuortio facto ea, quae nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur, vel quae centum tantum habeat, ducenta dotis nomine dari *stipuletur*; Proculus ait: Si ducenta stipuletur, quae centum habeat, sine dubio centum quidem in obligationem venire, alia autem centum actione de dote deberi. Dicendum itaque est, etiamsi nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulatione. cf. Franzk. Comment. ad Pandect. Lib. 13. Tit. 5. §. 14.

chen [7]), und anderntheils nach bekannten Vorſchriften des Kaiſers Juſtinian, eine jede Schenkung, welche die geſetzliche Summe nicht überſteigt, dergeſtalt im Wege Rechtens beſtehet, daß der bloße Vertrag ohne Stipulation eine gültige Klage hervorbringt. Es iſt aber gar nicht abzuſehen, warum dieſes auch nicht wider denjenigen anzuwenden ſei, welcher wiſſentlich eine Zahlung, die ihm nicht oblag, verſprochen hat [8]). Nach Deutſchen Rechten hat die Sache freilich gar kein Bedenken [9]).

§. 127.

Fortſetzung.

Um nun von den bisher vorgetragenen Grundſätzen auf den Gegenſtand dieſer Schrift eine nähere Anwendung zu machen, iſt zu unterſuchen, in wie fern das wiederholte Zahlungsverſprechen, oder die ſonſtige Genehmigung eines bisher nicht vollgültigen Handels wirkſam ſein könne?

a) Bei Geſchäften, welche wider die Vorſchrift

 gebieten=

7) L. 16. §. 1. C. *de testament.* L. 23. C. *de fideicomm.* L. ult. C. *ad Leg. Falc.* Voet Comment. ad Pand. Tit. de constit. pecun. §. 5. Schulting de obl. natur. C. 12.

8) Dieſem pflichten bei: Bachov ad Treutler. Vol. 1. Disp. 23. th. 9. et Tract. de actionib. Disp. 8. §. 3. Voet c. l. §. 7. Das Gegentheil behaupten: Zoesius l. c. §. 10. Mylius l. c. pos. 8. Beckstein c. l. n. 55.

9) Stryck V. M. Tit. de const. pec. §. 3.

gebietender oder verbietender Geſetze eingegangen, und eben darum ganz ungültig ſind;

b) Bei ſolchen Geſchäften, die zwar nicht ganz unverbindlich, nur aber im Wege Rechtens nicht völlig wirkſam ſind.

Das Erſtere betreffend, ſieht ein Jeder, daß das eigentliche Conſtitutum bei ſolchen Geſchäften nicht Statt findet, welche nach Vorſchrift der Geſetze ganz ungültig ſind [1]), und die wenigſtens in Gerichten nicht anders behandelt werden, als ob gar keine, mithin auch keine natürliche Verbindlichkeit daraus entſtanden iſt. Dahin gehören die Fälle, welche im vierten Abſchnitte der Reihe nach angeführt ſind; wenn gleich in einigen derſelben nach individuellen Verhältniſſen eine natürliche Verbindlichkeit an ſich vorhanden ſein kann, worauf aber das äußere Forum keine Rückſicht nimmt. Von dergleichen Gewiſſenspflichten kann daher die Rede nicht ſein, wenn die Geſetze beſtimmen, daß das Conſtitutum auch wegen einer bloß natürlichen Obliegenheit gültig ſein ſolle [2]). Damit iſt nun freilich noch nicht geſagt, daß eo ipso auch alle Wirkung einer in der Folge freiwillig geſchehe-

1) Mylius c. l. Posit. 8. Böschen l. c. §. 21.

2) Franzk. Comment. ad Pand. Tit. de constituta pecunia. n. 16. in den Worten: Illud debitum, quod in nuda honestate subsistit, huc non pertinet; nam dum illud effectum ciuilem habeat nullum, per constitutum quoque in aliquo firmari non potest.

ſchehenen Genehmigung überhaupt wegfallen ſollte; nur verſteht es ſich von ſelbſt, daß dieſe von ſolchen Perſonen nicht gültig geſchehen kann, welche nicht befugt, vielmehr nach Vorſchrift der Geſetze entweder ganz unfähig ſind, über das Ihrige nach Willkühr zu diſponiren, und ſich verbindlich zu machen, oder doch wenigſtens das Geſchäfte, deſſen Erfüllung durch die Ratihabition bezielt wird, nicht eingehen dürfen. So lange alſo dieß perſönliche Verhältniß, womit die Unfähigkeit ſich verbindlich zu machen verknüpft iſt, fortdauret, und bürgerliche Geſetze nicht beſondere Ausnahmen gemacht haben [3]), kann auch die wiederholte Verwillkührung einer ſolchen Perſon den einmal ungültigen Handel nicht gültig machen [4]). Hört aber jenes Verhältniß auf: ſo können **die wegen der ehemaligen perſönlichen Unfähigkeit unverbindlichen Rechtsgeſchäfte** durch nachherige Genehmigung allerdings verbindlich werden. Die Anwendung hievon auf Minderjährige, Verſchwender, u. d. m. iſt leicht gemacht. Alles dieſes iſt inzwiſchen nur in den Fällen zu behaupten, wo die Ungültigkeit eines Geſchäftes lediglich darin ihren Grund hat, weil gewiſſe Perſonen durch Civilgeſetze davon ausgeſchloſſen waren. Ganz anders verhält ſich die

 Sache,

3) L. 22. C. *de Senat. Cons. Velleian.*

4) Mylius cit. loc. posit. 6.

Sache, wenn von einem Handel die Rede iſt, welcher an ſich ſelbſt betrachtet, ohne Rückſicht auf perſönliches Verhältniß der Contrahenten den Geſetzen zuwider iſt. Hier muß man behaupten, daß der Regel nach keine wiederholte Zuſage oder Genehmigung Jemandem ein Recht geben kann, auf die Erfüllung eines an ſich unerlaubten Handels zu dringen. Es iſt daher evident, daß in Anſehung verbotener Spielſchulden, unerlaubten Wuchers, und ähnlicher Gegenſtände, welche der angeführte vierte Abſchnitt enthält, nicht nur das eigentliche Conſtitutum [5]), ſondern jede freiwillige Anerkennung dennoch ganz unverbindlich iſt, weil die Geſetze in ſolchen Fällen dem Gläubiger durchaus alles Recht abſprechen, und das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenſchaft behält, daß es den Rechten und verbietenden Geſetzen zuwider iſt [6]).

Andere Grundſätze treten natürlich **zweitens** bei ſolchen Geſchäften ein, welche keinesweges gegen verbie-

5) Nihil quidem intereſt, an debeatur ex obligatione mixta, an naturali tantum; *modo haec non ſit iure ciuili reprobata.* Mylius Poſit. 8. Böschen §. 21.

6) Welche Anerkennung einer Verbindlichkeit kann ſtärker ſein, als wenn der Schuldner ſogar die wirkliche Zahlung leiſtet, und gleichwol erlauben ihm die Geſetze, ſolche wieder zurückzufordern, wenn ein verbotener Wucher, oder ein unerlaubtes Spiel dabei zum Grunde liegt.

bietende Geſetze angehen, nicht durchaus ungültig ſind, ſondern nur den völligen gerichtlichen Effect nicht haben, obgleich ſonſt die bürgerlichen Gerichte ſelbſt eine natürliche Verbindlichkeit daraus anerkennen. Die Geſetze verordnen in dieſer Hinſicht ausdrücklich, daß eine ſolche Verbindlichkeit durch das wiederholte Zahlungsverſprechen klagbar werden ſoll [7]). Der Grund dieſer bürgerlichen Anordnung iſt unſtreitig darin zu ſetzen, weil a) in den Fällen, wo beſorglicher Leichtſinn der Parteien die Einſchränkung des gerichtlichen Effects veranlaßt hat, durch das nachherige Conſtitutum die Urſache dieſer Unwirkſamkeit wegfällt. Hieraus ergiebt ſich, warum die Verbindlichkeit aus einem pacto nudo durch dergleichen wiederholtes Verſprechen klagbar wird; b) weil doch auch in den übrigen Fällen, welche hieher gehören, dem Gläubiger nicht alles Recht an ſich verſagt iſt, ſondern nur dem Schuldner wider die gerichtliche Verfolgung gedachter Rechte gewiſſe Ausflüchte geſtattet ſind. Wenn alſo der Schuldner dieſen Ausflüchten in der Folge entſagt, und durch eigene Verwillkührung dem Gläubiger ein vollgültiges Recht zugeſtehet, ſo kann dieß bei Dingen die an ſich unverboten ſind, nicht füglich ohne Wirkung ſein. So z. B. findet zwar nach vollendeter Verjährung gegen den Schuldner keine

Klage

7) L. 1. §. 7. D. *de conſtit. pecun.*

Klage Statt; wenn er aber doch ſelbſt die Bezah-
lung verſpricht, ſo wird durch dieſe Anerkennung
das erloſchene Recht zu klagen allerdings wieder her-
geſtellet [8]).

Inzwiſchen haben die Geſetze in einigen Fällen, wovon hier die Rede iſt, den Rechtsgeſchäften nur nach beſondern perſönlichen Verhältniſſen des Schuldners den völligen gerichtlichen Effect verſagt, dergeſtalt, daß gewiſſe rechtliche Handlungen, welche Jemand in dieſem Zuſtande vornimmt, im Wege Rechtens nicht vollgültig ſind. In dieſen Fällen muß die wiederholte Zuſage in der Folge zu einer Zeit geſchehen, da das erwähnte Verhältniß des Schuldners und die damit verknüpften Hinderniſſe der gerichtlichen Vollgültigkeit bereits aufgehört hatten, weil ja ſonſt dem wiederholten Verſprechen eben das entgegen ſteht, was gleich anfangs den Handel unwirkſam macht. Solchergeſtalt kann derjenige, welcher als filius familias Geld aufborgt, nur dann erſt, wenn die väterliche Gewalt aufgehört hat, durch wiederholte Verwillkührung mit völliger Rechtskraft ſich verbindlich machen [9]); und eben dieß gilt daher auch von den Schulden der Studirenden und Soldaten, welche ſonſt nach Vorſchrift des Creditedicts nicht klag-

8) Franzk. d. l. n. 15. verglichen Hymmen Beiträge zur jur. Litteratur in den Preuß. Staaten I. 17.

9) Zoesius Tit. de Senat. Cons. Maced. n. 24.

klagbar ſind. Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt, daß die nachherige Genehmigung, wenn derſelben im Ganzen kein gerechtes Hinderniß mehr entgegen iſt, nicht allein ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigend durch ſolche Handlungen geſchehen kann, welche die Abſicht des Schuldners deutlich an den Tag legen, wohin vorzüglich gehört, wenn er eine abſchlägliche Zahlung leiſtet [10]), wenn er einen Bürgen beſtellt, oder Pfand giebt [11]). Offenbar liegt es aber in der Natur der Sache, daß auch die Wirkung dieſer ſtillſchweigenden Ratihabition, wenn der Gläubiger eine rechtmäßige Klage daraus ableiten will, allemal nach eben den Grundſätzen zu beſtimmen iſt, welche von der Gültigkeit ſolcher nachherigen Anerkennung überhaupt gelten, weshalb z. B. die, noch während der

10) L. 7. §. 16. D. *de Senat. Cons. Maced. Carl. Fridr.* WALCH V. C. introduct. in controuers. iur. ciuil. Sect. 1. Cap. 2. Memb. 2. §. 14. ed. 3. §. 16.

11) Es iſt ſonderbar genug, daß nach der Meinung des Ulpian L. 9. pr. D. eod. der Schuldner, welcher Pfand giebt, nicht weiter haften ſoll, als, ſo weit das Pfand zureicht, da doch dieſe Handlung eben ſo gut eine Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit in Anſehung der ganzen Schuld enthält, als der Rechtsgelehrte ſolche bei der abſchläglichen Bezahlung an der kurz zuvor angeführten Stelle ſelbſt einräumt. Noch ſonderbarer iſt es, wenn die Ausleger wirklich einen reellen Unterſchied beider Gegenſtände in Hinſicht der Wirkung, wovon hier die Rede iſt, antreffen wollen. Man ſehe jedoch Gmelin und Elſäſſer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle, IV. Band, N. 1.

der väterlichen Gewalt des Schuldners geleiſtete Bezahlung eines Theils der Schuld, den Gläubiger keinesweges berechtigt, auf den Reſt zu klagen.

Zwölfter Abſchnitt.

Von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit.

---

§. 128.

Einige Bemerkungen über die verſchiedenen Arten, eine Verbindlichkeit aufzuheben, in Rückſicht auf natürliche Verbindlichkeiten im ſtrengen Verſtande des Civilrechts.

Die vorzüglichſten Fragen, welche den Gegenſtand dieſes Abſchnitts betreffen, ſind, der Ordnung wegen, bereits im Vorhergehenden abgehandelt worden, ob und in wie fern nämlich die natürliche Verbindlichkeit an ſich aufhöre, wenn den Anſprüchen des Gläubigers die Verjährung entgegen ſteht, wenn der Schuldner durch ungerechten richterlichen Ausſpruch rechtskräftig losgeſprochen, wenn wegen unerlaubter Selbſthülfe das bekannte edictum D. Marci zur Anwendung gebracht, und überhaupt, wenn einer an ſich vollgültigen Verbindlichkeit in der Folge nach Vorſchrift des Civilrechts die fernere völlige

Wir-

Wirkung aus Gründen verſagt wird, welche ſonſt nach natürlichen Rechten keine Aufhebung der Verbindlichkeit hervorbringen würden. Da es im 6ten Abſchnitte darauf ankam, das gerichtliche Verhältniß in gedachten Fällen genau zu beſtimmen, und beſonders auch die Frage: ob die geleiſtete Zahlung als eine Nichtſchuld zurückgefordert werden könne? aus dem wahren Geſichtspunkte zu erörtern, ſo war es unumgänglich nothwendig, dort vor allen Dingen den Punkt in Richtigkeit zu ſetzen: ob überhaupt bei ſolcher bürgerlichen Anordnung die Fortdauer der Verbindlichkeit an ſich anzunehmen oder zu verwerfen ſei? Indem wir alſo den Leſer in dieſem Betrachte auf jene Ausführung verweiſen, haben wir jetzt nur noch von den gemeinen Arten, eine bisherige Verbindlichkeit aufzuheben, bloß das Eigenthümliche und Unterſcheidende zu bemerken, was etwa in dieſer Hinſicht bei den Fällen obwaltet, wo zwar natürliche Verbindlichkeit an ſich vorhanden iſt, jedoch die völlige Wirkſamkeit derſelben in bürgerlichen Gerichten nicht Statt findet. Denn wie überhaupt eine jede, mithin auch die natürliche Verbindlichkeit, 1) durch Zahlung, 2) durch die Compenſation, 3) durch geſetzliches oder obrigkeitliches Verbot der Erfüllung [1]), 4) durch des Gläubigers Verzichtleiſtung, 5) durch die Confuſion, 6) durch Untergang des ſpe-

1) Leyser Spec. 190. med. 2. seq.

ſpeciellen Objects, 7) durch den deferirten und abgeleiſteten Eid, aufgehoben werde, und welche Grundſätze bei dieſen Gegenſtänden überhaupt eintreten, darf ich hier nicht entwickeln. Die Lehrbücher des Natur- und bürgerlichen Rechts ergeben das ſchon vollſtändig genug [2]). Daß auch im Ganzen eben dieſe Tilgungsarten bei der bloß natürlichen Verbindlichkeit im ſtrengen Verſtande des Civilrechts Statt finden, iſt keinem Zweifel unterworfen [3]). Vorausgeſetzt nun, daß eine wirkliche Verbindlichkeit an ſich vorhanden war, und der Handel nicht zu denen gehörte, die wenigſtens im Wege Rechtens als unverbindlich betrachtet werden, ſo iſt freilich der Gläubiger allewege berechtigt, die geleiſtete Zahlung einer ſonſt nicht klagbaren Schuld einzubehalten, und condictio indebiti findet dagegen nicht Statt. Soll aber die Bezahlung dieſen Effect haben, ſo muß ſie unſtreitig 1) von Perſonen geſchehen ſein, die im Ganzen befugt waren, dergleichen Diſpoſition über das Ihrige vorzunehmen. An ſich iſt dieß freilich zur Gültigkeit einer jeden Zahlung, auch bei den vollgültig-

2) Statt aller übrigen dient *Dan.* Nettelbladt V. C. systema elementare iurisprud. commun. gener. Lib. 1. Sect. IV. Cap. 2. §. 303. sequ.

3) Man ſehe zum Ueberfluß *Hugo* Donell Comment. iur. ciuil. Lib. 12. Cap. 2. p. m. 11. *Ant.* Schulting de obligatione naturali, Cap. ult. J. A. Frommann de obligatione naturali, §. 63. und 75.

gültigſten Verbindlichkeiten erforderlich. Die von einem Pupillen oder Minderjährigen ohne vormundſchaftlichen Conſens bezahlten Gelder können auch in dem Falle einer rechtmäßigen Schuld vindicirt werden [4]). Allein die Wirkung iſt doch hier in manchem Betrachte ſehr verſchieden, je nachdem bei ſolcher unbefugten Zahlung eine vollgültige und klagbare, oder eine, in Anſehung gerichtlicher Wirkung eingeſchränkte natürliche Verbindlichkeit zum Grunde liegt. Denn im erſten Falle findet gegen den Gläubiger, wenn er die Gelder bereits conſumirt hat [5]), bloß darum, weil die Bezahlung unbefugter Weiſe geſchehen iſt, noch keine Zurückforderung Statt [6]); indem er ſich dagegen mit der Einrede doli generalis ſchützen kann. Dolo enim facit qui petit, quod redditurus est. L. 8. D. *de doli mali et metus except.* Dieſes findet aber im zweiten Falle bei Verbindlichkeiten, die nicht klagbar ſind, keine Anwendung. Denn hier giebt die Zahlung, als Zah-

4) L. 14. §. 8. D. de solution. §. 3. I. Quib. alien. lic. vel non, L. 9. §. 2. D. de auct. et consensu tutor.

5) Cit. L. 14. §. 8. D. *de Solut.* Ueber die Frage: Wann die Gelder als conſumirt anzuſehen ſind? verdient Vinnius Comment. ad Instit. Lib. 2. Tit. 8. §. 2. n. 2. pag. 270. nachgeleſen zu werden.

6) Cit. L. L. *Joh.* Voet Comment. ad Pandect. Tit. de solutionibus, §. 1. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1932. fin.

lung betrachtet, dem Gläubiger kein Recht das Empfangene einzubehalten, weil ſie ohne rechtliche Befugniß geſchehen iſt, im übrigen aber kommt die angeführte L. 8. dem nicht zu Hülfe der gar kein Recht zu klagen hatte, mithin kann der Gläubiger ſich nicht entziehen, das Empfangene wieder herauszugeben [7]. 2) Wer zum rechtlichen Betrieb ſeiner Angelegenheiten, auch zur Berichtigung ſeiner Schulden überhaupt, einen Bevollmächtigten beſtellt, muß freilich den in ſeinem Nahmen geſchehenen Abtrag **vollgültiger Schulden** genehmigen. Wie aber, wenn dieſer Mandatarius, ohne ganz speciellen Auftrag, Pöſte bezahlt, derentwegen zwar eine natürliche Verbindlichkeit des Principals, aber keine Klage wider dieſen Statt fand? Hier iſt nach dem Ausſpruche **Papinians** [8], die Zurück-

7) So lehrt auch der angeführte VOET Tit. de minorib. §. 21.

8) L. 94. §. 3. D. *de solution.* in den Worten: Quum Titius Gaio Seio deberet ex cauſa fideicommiſſi certam quantitatem et tantumdem eidem ex alia cauſa, quae peti quidem non poterat, ex ſolutione autem petitionem (repetitionem) non praeſtat. Titii ſeruus actor abſente domino ſoluit eam ſummam, quae efficeret ad quantitatem unius debiti. Quaero id quod ſolutum eſt, in quam cauſam acceptum videtur —? Reſpondi quum — ſeruus Titii actor abſente domino pecuniam ſoluerit ne dominium quidem nummorum *in eam ſpeciem obligationis, quae habuit auxilium exceptionis*, translatum

Zurückforderung des Gezahlten ohne Bedenken zuläſſig. 3) Wenn ein Gläubiger mehrere Forderungen an einen Schuldner hat, einige darunter aber im Wege Rechtens nicht völlig wirkſam ſind, ſondern zu den eingeſchränkten natürlichen Verbindlichkeiten gehören, und der Schuldner Etwas bezahlt, ohne zu beſtimmen, wohin er es gerechnet haben wolle, hat man allemal im Zweifel anzunehmen, daß klagbare Pöſte damit getilgt ſind, und der Gläubiger iſt nicht befugt, den Empfang zuvörderſt auf bloß natürliche Verbindlichkeiten im ſtrengen Verſtande des Civilrechts abzurechnen [9]). Geſetzt

tum foret; *si ex ea causa solutio facta proponeretur;* (wenn auch der Geſchäftsträger ausdrücklich erklärt hätte, daß es auf die nicht völlig wirkſame Schuld gerechnet ſeyn ſolle) — quia non est vero simile dominum ad eam speciem soluendis pecuniis seruum praeposuisse, quae solui non debuerunt. Man ſehe auch VOET ad D. Tit. de Solution. §. 1.

9) Nach klarer Vorſchrift in cit. L. 94. D. *de solution.*, wo die Worte **Papinians** ferner dahin lauten: Si quidem Titio Seius ita cauisset, ut sibi solutum ex uniuerso credito significaret, crediti appellatio solum fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, *non eam, quae petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti non potest.* Verglichen mit L. 1. 2. 3. D. eod., welche zwar der Regel nach, wenn der Schuldner bei der Zahlung hierüber nichts beſtimmt hat, dem Gläubiger überlaſſen: cui potius debito acceptum ferat; jedoch mit dem ausdrücklichen Zuſatze: *dummodo in id constituat solutum, in quod ipse,*

ſetzt aber, daß ein ſolcher Gläubiger gewiſſe Gegenforderungen des Schuldners in Abrechnung zu bringen hätte, und daher die Frage entſtünde, wie es mit der Compenſation in Betracht jener verſchiedenen Schuldpöſte zu halten ſei? Hier iſt dasjenige, was von der unbeſtimmt geſchehenen Zahlung geordnet iſt, nicht anwendlich, weil es dort vorzüglich von der Beſtimmung des Schuldners abhieng, welche Forderung er eigentlich getilgt haben wollte, mithin auch die vermuthliche Abſicht des Schuldners dabei vorzüglich in Betrachtung kommen mußte [10]), welches alles aber, wie die Natur der Sache ergiebt, bei der Compenſation ganz außer Rückſicht iſt. Es möchte aber auch ſcheinen, daß es eben ſo wenig von der Willkühr des Gläubigers abhänge, unter mehrern Forderungen, welche ihm zuſtehen, grade diejenigen auszuheben, derentwegen er ſonſt nicht klagen konnte, um darauf den Effect der Compenſation allein zu beſchränken, ſondern daß vielmehr die Gegenforderung des Schuldners die ganze Summe der verſchiedenen Pöſte, womit er dem Gläubiger verhaftet iſt, und welche an ſich zur Compenſation ſich qualificiren, dergeſtalt ergreife, daß

ipſe, ſi deberet, eſſet ſoluturus, — weshalb auch Voet c. l. §. 16. mit Recht hinzufügt: *adeoque non id quod naturaliter tantum debitum eſt.*

10) Eſt enim in arbitrio ſoluentis dicere, quod potius debitum voluerit ſolutum. L. 1. D. *de ſolution.*

daß alle dadurch pro rata gemindert würden. Ausdrückliche Geſetze entſcheiden die Sache nicht. Es hat aber die Meinung **Pufendorfs** [11], daß in dieſem Falle der Gläubiger befugt ſei, die Gegenforderung des Schuldners zuvörderſt auf deſſen bloß natürliche Verbindlichkeit abzurechnen, ein ſtarkes Gewicht der Analogie. Denn da die Rechte dem Pfandgläubiger ausdrücklich geſtatten, daß er mit den durch Verkauf des Pfandes gelöſeten Geldern, ſich zuerſt wegen der bloß natürlichen Verbindlichkeit des Schuldners bezahlt machen könne [12]: ſo iſt die Folge, welche Averanius daraus herleitet, ſehr richtig: quod ſoluit *debitor* cedit in grauiorem cauſam; quod ſibi ipſi ſoluit *creditor* in leuiorem [13]. Und hierauf ſtützt der angeführte **Pufendorf** ſeine Lehre, welche dahin geht: quoniam in compenſatione creditor retento eo, quod debet, ſibi ipſi ſoluit, puto creditoris, non debitoris voluntatem inſpici debere, ut ſolutio in leuiorem cauſam facta videatur. 4) Von der beſondern Tilgungsart einer Verbindlichkeit, wel-

11) F. E. Pufendorf obſeruat. iur. uniu. Tom. 2. obs. 175.

12) L. 101. §. 1. D. *de ſolution.* Paullus reſpondit: aliam cauſam eſſe debitoris ſoluentis, aliam creditoris pignus diſtrahentis. Nam quum debitor ſoluit pecuniam, in poteſtate eius eſſe, commemorare, in quam cauſam ſolueret, quum autem creditor pignus diſtraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti poſſe etc. verglichen mit L. 73. eod.

13) Averanius Lib. V. interpret. Cap. 32. n. 1.

che dadurch geſchieht, daß die Rechte des Gläubigers, und die Verbindlichkeit des Schuldners in einer Perſon zuſammen treffen, iſt hier nichts weiter anzumerken. Bekanntlich wird aber auch der Bürge, als Bürge, von ſeiner Perſönlichen Verbindlichkeit frei, wenn er des Schuldners Erbe wird. Er iſt alsdann der Hauptſchuldner ſelbſt, und kann nicht zugleich Bürge ſein. Dieſe Regel leidet indeß eine Ausnahme, wenn ſich Jemand für eine natürliche Verbindlichkeit im ſtrengern Verſtande dergeſtalt verbürgt hat, daß der Gläubiger ein wirkſameres Recht gegen ihn, als gegen den Hauptſchuldner ſelbſt erhalten hat. Ungerecht wäre es, wenn der Gläubiger nun gleichwol den Bürgen nur als Erben des Hauptſchuldners behandeln, folglich die vorzüglichen Rechte, die er gegen ihn, als Bürgen ſchon hatte, aufgeben, und ſich Statt derſelben jezt wieder eben die Einreden gefallen laſſen müßte, welche dem Hauptſchuldner wegen ſeiner bloß natürlichen Verbindlichket zu Statten kamen. Die Worte **Papiniani** L. 95. §. 3. *de solut.* ſtimmen im Ganzen hiemit völlig überein, wenn man auch den Verſuchen der Critik, zur Berichtigung des Textes, wodurch die Stelle freilich noch entſcheidender wird, nicht beipflichten wollte: Quod vulgo iactatur, fideiussorem, qui debitoris heres exstitit, *ex causa fideiussionis* liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio inuenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur —. Nach Anleitung der Baſiliken ändert **Cujaz** dieſe Worte dahin: Nam si reus *natura* duntaxat fuit obligatus, fideiussor *non* liberabitur,

tur, welches vielen Beifall gefunden hat [14]), und nach dem ganzen Inhalte des Geſetzes mit vieler Wahrſcheinlichkeit zu vertheidigen iſt. Dabei muß denn freilich vorausgeſetzt werden, daß der Bürge in Fällen der bloß natürlichen Verbindlichkeit im ſtrengern Verſtande ſich wirkſamer, als der Hauptſchuldner ſelbſt, verbindlich gemacht habe. Wenn man aber auch die Worte unverändert läßt, wird darum doch die Sache ſelbſt nicht anders zu beſtimmen ſein. Das Geſetz erklärt alsdann den Bürgen als Bürgen frei, wenn nur der Hauptſchuldner verbindlich war, — si reus duntaxat fuit obligatus. Daß aber hiebei in Fällen einer bloß natürlichen Verbindlichkeit die Entſcheidung von der Art und Weiſe abhänge, wie der Bürge eigentlich derſelben beigetreten iſt, zeigen die gleichfolgenden Worte Papiniani ſelbſt, wodurch er deutlich erklärt, daß man darum noch nicht gleich die Verbindlichkeit des Bürgen als fortdaurend anzunehmen hätte, weil etwa dem Hauptſchuldner nach Perſönlichen Verhältniſſen Einreden zukämen, ſondern, daß es darauf ankomme, ob der Bürge in Beziehung auf dieſe Verhältniſſe für die Forderung gut geſagt hätte. E contrario *non* potest dici, *non* tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. Nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore: difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxilio

14) Cuiacius Quaest. Papin. Lib. 28. und Obseruat. Lib. 11. cap. 34. Voet comment. ad Pand. Tit. de solut. §. 20. Vorzüglich iſt *Jac.* Voorda interpretat. et emendat. Lib. 1. cap. 20. nachzuleſen, welcher die Meinung *Cuiacii* ausführlich wider deſſen Gegner vertheidigt.

lio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, [15]) et cui fideiussor is accessit *sine contemplatione iuris praetorii.* Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus saluum erit. Der Bürge als Bürge wird alſo frei; er hat aber gleich andern Erben des minderjährigen Hauptſchuldners binnen der geſetzlichen Zeit das beneficium restitutionis für ſich anzuwenden. 5) Bei den übrigen Tilgungsarten iſt in Rückſicht auf das gerichtliche Verhältniß natürlicher Verbindlichkeiten nichts beſonders wahrzunehmen. Der Vertrag, wodurch der Gläubiger ſeine bisherige Forderung entweder ganz oder zum Theil dem Schuldner erläßt, (pactum de non petendo) hat zwar nach Römiſchen Rechten hier das Eigenthümliche, daß eine bloß natürliche Verbindlichkeit dadurch ſofort, und, ſelbſt dem ſtrengen Rechte nach, (ipso iure) aufgehoben wird, dahingegen dieſes Pactum die Tilgung einer bürgerlich vollgültigen Verbindlichkeit, in ſo fern ſie nicht aus den Conſenſual Contracten herrührt, immer nur mittelſt einer Einrede (ope exceptionis) bewirkt; [16]) ein Unterſchied, welcher nach unſerer heutigen Gerichtsverfaſſung nicht weiter in Betrachtung kommt. [17])

---

15) Hier glaubt Cujaz ſtatt principalis, leſen zu müſſen *personalis*. Man ſehe dagegen *Voorda* l. c. deſſen eigne Conjectur in dieſem Punkte aber auch keinen Vorzug verdienen dürfte.

16) L. 95. §. 4. D. *de solut.* Voet ad Pand. Tit. de Pactis, §. 3. Vinnius ad Inst. Tit. Quibus modis toll. oblig. §. 4. und Tit. de Exception. §. 3.

17) *Gottl. Gerh.* Titius Lib. V. Iur. Priu. Cap. 16. §. 9. und Lib. 1. Cap. 8. §. 31.

I.

Regiſter

über die vornehmſten Materien.

Die Zahlen bedeuten die §§., diejenigen aber, vor welchen ein n ſtehet, weiſen auf die Noten hin.

A

Actio in factum, ſindet überall Statt, wo eine natürliche Zwangspflicht vorkommt, welche durch bürgerliche Geſetze weder wörtlich vorgeſchrieben, noch aus der Analogie derſelben herzuleiten iſt, 46.

Advocaten, dürfen ſich im voraus keine Vortheile, in Anſehung des gewonnenen Rechtsſtreits, verſprechen laſſen, 67. n. 7.

auch das palmarium, wenn es vorausbedungen wird, iſt unerlaubt, ebendaſ.

Alimenten, künftigen, kann ohne richterlichen Conſens nicht entſagt werden, 65. n. 5.

ob Brüder und Schweſtern ſchuldig ſein, dieſelben einander zu reichen? 102.

Antretung der Erbſchaft, ſtellt den Erben gleichſam als Bevollmächtigten der Legatarien dar, 9.

Arzeneykunde, ward lange von den Römern unter die ſchmutzigen Gewerbe, und unfreien Künſte — artes sordidas, et illiberales — gezählet, 17. 18.

Arzt, deſſen Unwiſſenheit oder culpa wird im Römiſchen Rechte als ein wahres Verbrechen behandelt, 13.

die Urſachen, welche die Rechtsgelehrten hievon angeführet, ſind nicht befriedigend, noch hinreichend, der Schwierigkeit abzuhelfen, 14.

nähere Prüfung derſelben, ebendaſ.

wahre Urſache davon, warum deſſen Unvorſichtigkeit nicht eben ſo wol, als diejenige des Richters, eine obligationem *quasi* ex delicto hervorgebracht, 15 — 18.

Aerzte, waren bei den Römern in ſchlechtem Anſehen, 17. 18.
unbefugte, *medicastri*, können weder Belohnung, noch Vergütung der gehabten Auslagen begehren; was ihnen aber bezahlt worden iſt, kann nicht zurückgefordert werden, 76.
Aſſecuranzen, davon ſind gewiſſe Perſonen ausgeſchloſſen, 67. n. 9.

B

Beneficium competentiae, iſt aufs ſtrengſte zu erklären, 89 b.
demſelben kann der Ehemann gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn dos von ihnen zurückgefordert würde, nicht gültig entſagen, 85.
des Schuldners, kommt dem Bürgen nicht zu Statten, 115.
Bevollmächtiger, der das ſelbſt nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, läßt ſich ohne Widerſpruch denken, 9. n. 4.
Billigkeit, natürliche, ſ. natürl. Billigkeit.
Brautſchatz, die darauf verwandten nothwendigen Koſten kann der Ehemann heutiges Tages nicht wiederfordern, wenn er ſich dazu verwillkühret hat, 84.
welchen eine Perſon von ihrer Mutter, Großmutter, oder nahen Verwandten wirklich erhalten hat, kann als Nichtſchuld nicht zurückgefordert werden, wenn gleich der Irrthum einer vollkommenen Schuldigkeit dabei obgewaltet hätte, 99.
denſelben muß der Vater der heyrathenden Tochter mitgeben, ebendaſ. u. n. 5.
es ſei denn, daß die Tochter zulänglich eigene Mittel beſitze, 100.
Bürge, kann auch in Anſehung einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit beſtellt werden, 112. folg.
in wie fern derſelbe gehalten ſei, wenn die Hauptſchuld verbietenden Civilgeſetzen zuwider iſt? 113.
in wie fern er gehalten ſei, wenn das Hauptgeſchäfte zwar nicht verboten, oder ganz ungültig, jedoch die daraus entſpringende Klage nicht völlig wirkſam iſt? 114. folg.
gegen ihn findet der Regel nach nur diejenige Art der

Rechtsverfolgung Statt, worauf der gerichtl. Effect gegen den Schuldner ſelbſt eingeſchränkt iſt, ebendaſ.
Einſchränkung dieſer Regel, ebendaſ.
ihm kommt die Einrede des SCti Maced. zu Statten, 115.
das benef. compet. des Schuldners und der dieſem verliehene Indult kommt ihm nicht zu gute, ebend.
ob und in wie fern ihm die Verjährung der Hauptklage zu Statten komme? ebendaſ.
ob er zur Zahlung angehalten werden könne, wenn der Gläubiger mit ſeinem Anſpruche beim Concurſe präcludirt iſt? ebendaſ.
ob er die Zahlung, worauf der Gläubiger nicht hätte klagen können, von dem letztern ſelbſt wieder zurückzufordern befugt ſei? 116.
ob und in wie fern derſelbe, wenn er eine Nichtſchuld, oder eine nicht klagbare Foderung bezahlt hat, ſeinen Regreß gegen den Hauptſchuldner nehmen dürfe? 117.
wird, als Bürge, von ſeiner perſönlichen Verbindlichkeit frei, wenn er des Schuldners Erbe wird, 128.
Ausnahme, welche dieſe Regel bei der natürlichen Verbindlichkeit leidet, 128.
Bürgerliche Geſetzbücher, ſ. **Geſetzbücher.**
Bürgerliche Geſetze, ob und in wie fern das Naturrecht durch dieſelben eine Abänderung leiden könne, 57.
was und wie viel von den Rechten des Menſchen als Menſchen dadurch geändert werden könne, 58.
worauf die Gerechtigkeit derſelben beruhe? ebendaſ.
Bürgerlich verbotene Rechtsgeſchäfte, ſ. **Rechtsgeſchäfte.**

C

Ceſſionar, ob derſelbe alle Einreden des Schuldners, welche dem Cedenten entgegen ſtehen, ohne Ausnahme, auch wider ſich gelten laſſen müſſe? 117. n. 9.
Clauſel: *rebus sic stantibus*, was dazu erfordert wird, wenn ſie anwendlich werden ſoll, 90. III.
Communio, ſ. **Societät.**
Compenſation, findet wegen bloß natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten Statt, wenn die Erforderniſſe derſelben gehörig vorhanden ſind, 97.

ob der Gläubiger, wenn ſie verworfen, und er zur Bezahlung verurtheilet worden, berechtiget ſei, die ſonſt nicht klagbare Verbindlichkeit per modum actionis geltend zu machen, ebendaſ.
kann der Gläubiger zuvörderſt bei des Schuldners bloß natürlichen Verbindlichkeit vornehmen, 128.

Condictio indebiti, (ſ. auch **Nichtſchuld**) worin ſie beſtehe, 9.
bei derſelben ward die Sache gleichſam als geliehen angeſehen, ebendaſ.
ob ſie wider den Pupillen angeſtellt werden könne? 71. n. 16.
iſt von der Zurückfoderung des zur Erfüllung verbotener Verträge Gegebenen oder Bezahlten eigentlich zu unterſcheiden, 75.

Conſenſus fictus, läßt ſich bei Erklärung der Verbindlichkeiten quaſi ex contractu gar nicht annehmen, 24.
wird als ein Irrthum widerlegt, ebendaſ. und n. 3. 4. 5.
ihn mit dem conſenſu *praeſumto* ſynonymiſch zu gebrauchen, iſt ſehr unſchicklich, ebendaſ. n. 6.
iſt von verſchiedenen Rechtsgelehrten ſchon als lächerlich dargeſtellt worden, ebendaſ. und n. 1.

Conſtitutum, ſo wohl proprium, als alienum, findet auch bei bloß natürlichen Verbindlichkeiten Statt, 124. folg.
worin das alienum von der Bürgſchaft weſentlich unterſchieden ſei? ebendaſ. und n. 1.
Entwickelung und richtige Beſtimmung der Begriffe, 125.
dadurch wird eigentlich die Erfüllung einer anerkannten Verbindlichkeit verſichert, ebendaſ.
daſſelbe ſchließt allemal eine Genehmigung in ſich, und ſetzt eine wirklich ſchon vorhandene Verbindlichkeit voraus, ebendaſ.
Unterſchied deſſelben von der Genehmigung und vom pacto geminato, ebendaſ.
daſſelbe iſt nicht vorhanden, wenn man etwas zu zahlen verſpricht, wovon man weiß, daß man es nicht ſchuldig iſt, 126.
ob ein ſolches Verſprechen nicht als eine Genehmigung oder als Schenkung gültig ſei? ebendaſ.
in wie fern daſſelbe wirkſam ſein könne a) bei Geſchäften,

ſchäften, welche gebietenden oder verbietenden Geſetzen zuwider eingegangen worden, b) bei ſolchen Geſchäften, die zwar nicht ganz unverbindlich, nur aber im Wege Rechtens nicht völlig wirkſam ſind, 127.

Contracte, deren Eintheilung in wahre und Quaſicontracte iſt fehlerhaft, 25.

die Geſetze ſelbſt billigen ſolche Eintheilung nicht, ebendaſelbſt.

nach der Natur der Sache und den Regeln der Vernunftlehre läßt ſie ſich auch nicht vertheidigen, ebendaſ.

Contractus, dieß Wort hat bei den Römiſchen Rechtsgelehrten mancherlei Bedeutungen, 25. n. 2.

Conventionalſtrafe bei Verlobungen, ſ. **Verlobungen**.

Culpa, ſ. **Fahrläſſigkeit**.

D

Darlehn, die dabei verſprochenen Zinſen können heutiges Tages vermittelſt einer Klage gefordert werden, 84.

Dienſtbothe, ob er den völligen Lohn zu fodern berechtiget ſei, wenn ihn ſeine Krankheit behindert, die ſchuldigen Dienſte zu leiſten? 102.

Dörfer, die eigenmächtige gänzliche Niederlegung derſelben iſt in Mecklenburg in der Regel gänzlich verboten, 64.

Erklärung des davon ordnenden §. 380. des Meckl. Erbvergleichs, ebendaſ.

Donatarius darf von ſeinem Wohlthäter keine Verzugszinſen fordern, 99. und n. 4.

E

Ehemann, deſſen Verzichtleiſtung in Anſehung der auf den Brautſchatz verwandten nothwendigen Koſten hat heutiges Tages gerichtl. Kraft, 34.

ſ. a. *benefic. compet.*

Ehen, **verbotene**, 67. n. 8.

ob ſie nichtig ſind, wenn ſie ohne Einwilligung der Eltern vollzogen worden? 74. n. 9.

Eid, die Verpflichtung, denſelben zu halten, hängt von der Ueberzeugung des Schwörenden ab, daß er rechtmäßig, und daß die Erfüllung des Verſprechens, welche er dadurch vergewiſſert, an und für ſich Pflicht ſei, 119.

Wirk=

Wirkung deſſelben bei Rechtsgeſchäften, die nach Vorſchrift der Civilgeſetze entweder ganz ungültig ſind, oder doch wenigſtens den völligen gerichtl. Effect nicht haben,
ſo wohl nach der Natur der Sache, 119.
als auch nach den in Deutſchland geltenden poſitiven Röm. und Canon. Rechten, 120. 121.
bei den hievon ordnenden Stellen des Canon. Rechts muß die ſtrengſte Erklärung eintreten, 121.
die Vorſchriften des Canon. Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben, ebendaſ.
einzelne Fälle hievon, 121. 122.
Nach welchen Grundſätzen eigentlich in proteſtantiſchen Gerichten die Sache behandelt werden müßte? 123.
ob in der Lehre davon das Canon. Recht dem Römiſchen vorgehe? ebend.
Hollſteinſches Provinzialgeſetz zur Abſtellung des überflüſſigen und zweckwidrigen Gebrauchs der Eide, ebendaſ.
Verordnung des allgem. Geſetzbuchs für die Preußiſchen Staaten von eidlicher Beſtärkung der Verträge, ebend.

Entſagung, ob dieſelbe bei verbietenden Geſetzen Statt finde? 74.

Entſtehungsart und Urſprung der Verbindlichkeit, Theorie der Römiſchen Juriſten davon, 6. 7.
von dieſen ſind die Verbindlichkeiten, ſo viel möglich, auf Verträge und Verbrechen reducirt worden, und deſſen Urſachen, 8.
vollſtändige Zergliederung des Römiſchen Lehrbegriffs davon, 21.
dieſer Lehrbegriff iſt durch irrige Erklärungen und Zuſätze der Ausleger ungemein verwirrt worden, 23 — 27.
er iſt auch an ſich nicht von weſentlichen Fehlern frei, 28.
und unſerm heutigen Rechtsſyſteme gar nicht angemeſſen, 29.
Abriß eines Plans, wonach dieſe Materie ſchicklicher abzuhandeln, 30. 31.
quasi ex contractu und quasi ex delicto beruhet bald auf Geſetzen unmittelbar, bald auf einſeitigen Handlungen, 28.

beru:

beruhet zuletzt auf Geſetzen, 30.
Geſetze und Handlungen als verſchiedene Quellen der Verbindlichkeit einander entgegen ſetzen, führet viel unbequemes mit ſich, ebendaſ.
Erinnerungen gegen von Tevenars Lehre vom Urſprunge der Verbindlichkeiten, ebendaſ.

Erbe, deſſen Verbindlichkeit, die Schulden des Erblaſſers zu berichtigen, rührt nicht aus einem Quaſicontracte her, 27.
ob derſelbe in ſeinem Gewiſſen verbunden ſei, den letzten Willen des Verſtorbenen ganz zu erfüllen, wenn ſolcher nach den bürgerl. Geſetzen nicht beſtehen würde? 102.

F.

Fahrläſſigkeit, (*culpa*), macht keinen unterſcheidenden Charakter des quasi delicti aus, 10.

Fiſcus, ob demſelben in Anſehung der Geldſtrafen und Inquiſitionskoſten ein geſetzliches Pfandrecht zuſtehe, iſt ſtreitig, 27.
Königl. Preußiſche Kabinetsverfügung in ſolchem Betreff, ebendaſ. n. 10.

Frauensperſonen, in wie fern ihnen aus der Bürgſchaft eine natürliche Verbindlichkeit obliege? 70.
ob ſie dem SCto Velleiano gültig entſagen können? 74. n. 14.
warum ſie das aus der Bürgſchaft Bezahlte nicht zurückfordern können, wenn ſie bei der Zahlung gewußt haben, daß ihre Interceſſion zu Recht nicht beſtändig ſei? 77.
ob ihnen eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn ſie ohne Zuziehung ihres Curators ſich in Rechtsgeſchäfte eingelaſſen haben? 70.

Freigelaſſener, konnte nach Röm. Geſetzen für die ſeinem Patron wirklich geleiſteten Dienſte, keine Remuneration fordern, 99.

Früchte, Ankauf noch nicht eingeernteter, 65.

Furcht, iſt weder ein weſentliches Merkmal der Verbindlichkeit, noch das wahre Fundament derſelben, 1.

Furiosus, ob die Vergütung des Schadens aus ſeinen Gütern gefordert werden könne? 71. n. 20. 21.

G

Gaſtwirthe, deren Verbindlichkeit wegen der Aufnahme fremder Sachen und Güter gründet ſich auf einen wahren Vertrag, 27.
ist nicht zu den Quaſicontracten zu rechnen, ebend.
Gemeinheit, ſ. Societät.
Genehmigung, kann auch bei Vorfällen wirkſam ſein, die ſonſt ganz unverbindlich waren, 125. 126.
in wie fern dieſelbe bei einem bisher nicht vollgültigen Handel wirkſam ſein könne? 127.
ſ. auch *constitutum*.
Geſchwiſter, ob dieſelben einander zu ernähren ſchuldig? 102.
Geſellſchaftscontract, ſ. Societät.
Geſetzbücher, bürgerliche, darin wird vieles aus dem natürlichen Rechte angetroffen, 4.
dieß iſt auch nicht überflüſſig, ebendaſelbſt.
Geſetze, poſitive, (ſ. a. **Bürgerl. Geſetze, Rechte.**) an gehöriger Bekanntmachung derſelben iſt dem gemeinen Beſten ſehr gelegen, 70. n. 5.
davon abzugehen, ſteht den Unterthanen bei Regulirung der Rechte und Verbindlichkeiten ihrer Privatangelegenheiten der Regel nach frei, 80.
Geſetze, verbietende, ſind in zweifelhaften Fällen ſtrenge zu erklären, 63.
bei allgemein verbietenden, ſind auch alle Unterarten, von denen man nicht deutlich zeigen kann, daß ſie ausgenommen worden, oder daß der Grund und die Abſicht des Geſetzes dabei wegfalle, als verboten anzuſehen, ebendaſ.
in wie fern von den beiden Regeln: Wo der Grund des Geſetzes nicht Statt findet ꝛc., und umgekehrt: Wo der Grund des Geſetzes eintritt ꝛc; dabey Gebrauch zu machen ſei? ebendaſ.
Mißbrauch der erſteren Regel, 64.
verbinden, wenn man, obgleich unter einer ganz andern Form, in fraudem legis gehandelt hat, ebendaſ.
dieß muß aber der, welcher es behauptet, beweiſen, ebendaſ.
ob denſelben gültig entſagt werden könne, 74.
Handlungen, welche gegen dieſelben, oder gegen ſchlechterdings gebietende Geſetze unternommen worden, ſind nichtig, ebendaſ.

Gewiſ-

Gewiſſenspflichten ſ. Liebespflichten.

H

Handlungen, verbotene, ſiehe Rechtsgeſchäfte.
Hazardſpiele, ſ. Spiele.
Huren, öffentliche, ob ſie nach Röm. Rechten berechtiget geweſen ſind, den verſprochenen Lohn gerichtlich einzuklagen, 68. n. 4.

I

Indebitum. ſ. Nichtſchuld, und *condictio indebiti*.
Indult, bewirkt nur eine Einrede gegen den klagenden Gläubiger, 99.
 welcher dem Schuldner verliehen iſt, kommt dem Bürgen nicht zu Statten, 115.

K

Kind, kann weder ſich verbinden, noch Rechte erwerben, 71.
Kinder, ſind ihre verarmten Eltern zu ernähren ſchuldig, 99.

L

Leibeigene, ſind heutiges Tages nicht aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten unfähig, 86.
Letzter Wille des Verſtorbenen, ob jeder Erbe in ſeinem Gewiſſen verbunden ſei, denſelben ganz zu erfüllen, wenn ſolcher auch nach den bürgerl. Geſetzen nicht beſtehen würde? 102.
Lex commiſſoria bei Verpfändungen, iſt in den Geſetzen überhaupt in ihrem ganzen Umfange verboten, 64. n. 8. 65. n. 4.
 ob dieſer Vertrag gültig ſei, wenn er eidlich geſchloſſen iſt? 122. n. 3.
Lex un. C. et ob chirograph. pecun., deren Gebrauch in Anſehung natürlicher Verbindlichkeiten, 106. 5) und 108.
Liebespflichten, 39. 40.
 werden von einigen Rechtslehrern unrecht mit denen in eine Claſſe gebracht, welchen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat, 49.

haben in foro ciuili nicht mehr Kraft, als die Geſetze wirklich geſtattet haben, 59. 100.
ſind in gewiſſen Fällen nach Vorſchrift der poſitiven Geſetze als wirkliche Zwangspflichten zu behandeln, 98. 99.
Nähere Beſtimmung des gerichtlichen Zwangsrechts in Fällen dieſer Art, 100.
daſſelbe findet lediglich in den beſondern Fällen Statt, welche die Geſetze ausdrücklich genannt haben, und iſt nicht weiter auszudehnen, ebend.
kurze Widerlegung verſchiedener Irrthümer, 101.
Litiscontestation, iſt nicht unter die Quaſicontracte zu rechnen, 27.

M

Mandatarius, wenn derſelbe, ohne ganz ſpeciellen Auftrag, Póſte bezahlt, derentwegen zwar eine natürl. Verbindl. des Principals, aber keine Klage wider dieſen Statt fand, ſo kann das Gezahlte wieder zurückgefordert werden, 128.
Medicastri, ſ. Aerzte.
Minderjähriger, warum bei ihm, wenn er als Meiſter einer gewiſſen Kunſt gehandelt hat, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht Statt finde? 64. n 7.
mußte nach Röm. R. in einigen Fällen durchaus einen Curator haben, 72. n 3.
ob ihm eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn er ohne Vormund gehandelt hat? 72. 73.
ob ſeine rechtlichen Handlungen, wenn ſie ohne Vormund geſchehen, ipſo iure für null und nichtig zu achten ſind? 72.
Motiven, können zwar die Erfüllung einer ſchon vorhandenen Verbindlichkeit bewirken, allein die Obligation ſelbſt wird dadurch nicht hervorgebracht, 1.
Mutuum, ſ. Darlehn.

N

Natürliche Billigkeit, wie weit Klagen nach derſelben zugelaſſen werden können, 47.
Natürliche Verbindlichkeit, Begriff derſelben, 4.
im weiteſten Sinne, 53.
im bürgerlichen Zuſtande, 54.
im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts, 55. 56.

ver-

verſchiedene Benennungen derſelben im Röm. Rechte, 55. n. 8.
Schriftſteller davon, 41.
gewöhnliche Theorie, und deren Fehler, 42 — 52.
bloß natürliche, ebendaſ.
ganz verworfene, ebendaſ.
nicht ganz verworfene, und deren Effecte, ebendaſelbſt und n. 1.
Mißbrauch der Eintheilung in bloß natürliche und vermiſchte Verbindlichkeiten, 43.
jede vollkommene iſt der Regel nach auch in der bürgerlichen Societät als völlig wirkſam anzunehmen, wo nicht die Geſetze ſie in Anſehung der gerichtlichen Wirkung ausdrücklich eingeſchränkt haben; dieſe Regel rechtfertigt ſich ſowohl nach der geſunden Vernunft, 44.
und dem Römiſchen Rechte, 45. 46.
als auch nach dem Canoniſchen Rechte und heutigen Gerichtsgebrauch, 47.
deren gerichtliche Wirkung nur zum Theil eingeſchränkt worden, bloß dahin zu beſtimmen, daß die Geſetze deßhalb gar keine Klage, wohl aber die übrigen Effecte zulaſſen, genügt nicht, 51.
und deren Verhältniß in foro ciuili, wird in verſchiedenen Rechtsmaterien, welche unſtreitig dahin gehören, gar nicht unterſucht, welches nicht zu billigen iſt, 52.
Unterſchiede zwiſchen der natürlichen und poſitiven, 54.
Gründe der gerichtlichen Unwirkſamkeit derſelben, 55. ſ. auch **Wirkung, gerichtl.**
ob und in wie fern ſie auch bei bürgerlich verbotenen Rechtsgeſchäften Statt finde? 68 — 70.
der Frauensperſonen aus einer übernommenen Bürgſchaft, 70.
der Frauensperſonen, welche ohne Zuziehung ihres Curators ſich in rechtliche Geſchäfte eingelaſſen haben, ebendaſ.
der Pupillen, welche ohne Einwilligung des Vormundes ſich in Rechtsgeſchäfte eingelaſſen haben, 71.
Controverſe der ältern und neuern Juriſten darüber, ebendaſ.
der Minderjährigen, welche ohne Vormund gehandelt haben, 72. 73.
der Knechte nach Röm. Recht, 86.

ſolcher Perſonen, die der våterlichen Gewalt noch unterworfen ſind, 87.
insbeſondere aus einer Geldanleihe, 88.
des Schuldners, der durch ungerechten richterlichen Ausſpruch losgeſprochen worden iſt, 94.
derſelben wegen findet die Compenſation Statt, und in wie fern? 97.
eine derſelben wegen geſchehene Verpfåndung iſt gůltig, 103. ſ. **Pfand.**
bei derſelben findet auch eine Bůrgſchaft Statt, 112. folgg. ſ. **Bůrgſchaft.**
was der Eid dabei wirke? 119. folg. ſ. **Eid.**
bei derſelben findet auch das constitutum, ſo wol proprium, als alienum, Statt, 124. ſ. *constitutum.*
Bemerkungen ůber die verſchiedenen Arten, dieſelbe aufzuheben, 128.

Natůrlich erlaubte Rechtsgeſchåfte, ſ. **Rechtsgeſchåfte.**

Naturalis, *naturaliter*, verſchiedene Bedeutungen dieſer Worte in der Sprache des Rôm. Geſetzbuchs, 55. n. 7.

Naturrecht, deſſen Verhåltniß, Gebrauch, und Anwendung in bůrgerlichen Gerichten, 41.
ob und in wie fern daſſelbe durch bůrgerliche Geſetze eine Abånderung leiden kônne, 57. 58.
was und wie viel davon in der bůrgerlichen Geſellſchaft geåndert werden kônne, 58.

Nebenvertråge, 81. 82.
eigentliche Bewandniß der Rôm. Rechtstheorie davon, 82.
heutiger Gebrauch dieſer Rôm. Geſetze, 83. 84. 85.

Nichtigkeit ſolcher Handlungen, welche gegen gebietende oder verbietende Geſetze unternommen worden ſind, 74.

Nichtſchuld, die Wiedererſtattung einer bona fide angenommenen, ſo weit man dadurch reicher geworden, iſt eine unmittelbare Verbindlichkeit, 35. ſ. auch *condictio indebiti.*
ob und in wie fern dieſelbe in der Folge durch das Zahlungsverſprechen zu einer klagbaren Verbindlichkeit ůbergehen kônne? 126.
ob ein Conſtitutum, oder nur ůberhaupt eine Genehmigung oder eine Schenkung vorhanden ſei, wenn das Zahlungsverſprechen wiſſentlich geſchehen iſt? ebendaſ.

O

Obligatio ex variis causarum figuris, was darunter zu verſtehen ſei? 21. 22.

zu derſelben gehören auch die Verbindlichkeiten quasi ex contractu et quasi ex delicto, 22.
verſchiedene Meinungen der Juriſten davon, 22. not. 1)
Obligatio naturalis reprobata, gemeine Erklärung derſelben, 48.
Obligatio naturalis haud reprobata, gewöhnliche Lehre davon, 50.
Obligatio, quae re contrahitur, ſetzt zu ihrer völligen Wirkſamkeit ein factum voraus, 28. n. 6.
Obligation, (ſ. auch **Verbindlichkeit**) deren Eintheilung in mere naturalem, mere positiuam, et mixtam, läßt ſich ſehr gut vertheidigen, 4.

P

Pacta nuda, 81. ff.
werden nach Röm. R. durch den Eid nicht klagbar, 120.
Pactum de non petendo, 128.
Palmarium, ſ. **Advocaten**.
Permiſſivgeſetze, führt keinen Widerſpruch mit ſich, 2. n. 2.
Pfand, ob und in wie fern der Vertrag gültig ſei, daß der Pfandgläubiger daſſelbe gar nicht veräußern dürfe, 85.
fällt weg, wenn die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhört, 104.
vermeinte Ausnahmen von dieſer Regel, ebendaſ.
findet auch wegen einer bloß natürlichen Verbindlichkeit Statt, 103. ff.
ob auch wegen einer ſogenannten reprobirten natürl. Verb.? 105.
in wie fern der Gläubiger alsdann das ihm übergebene Pfandſtück herausgeben müſſe? ebend.
daſſelbe kann ein Schuldner, der durch rechtskräftige Sentenz, ſei ſie auch ungerecht, losgeſprochen worden iſt, von dem Gläubiger wieder zurückfordern, 106. 4).
was für Wirkungen daſſelbe wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten habe? 107. f.
nur diejenigen Rechtsmittel finden deßhalb Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptſchuld zuſtehen, 107.
Gebrauch der L. un. C. et. ob. chirograph. pecun. in Anſehung natürl. Verbindlichkeiten, 106. 5) und 108.

dem Beſitzer eines handhabenden kann die Präcluſion nicht nachtheilig werden, 109. und n. 1.
Einſchränkung dieſes Satzes, ebend. n. 1.
deſſen Wirkung nach eingetretener Präcluſion, 109.
ob daſſelbe alsdann auch noch gegen einen dritten Beſitzer verfolget werden könne? ebendaſ.
Wirkung deſſelben, wenn der perſönlichen Schuldklage die Einrede der Verjährung entgegen ſteht, 110. folg.

Pflichten, deren Eintheilung in vollkommene und unvollkommene iſt an ſich gegründet, und logiſch richtig, 40.
wird von einigen verworfen, 39. n. 4.

Präcluſion, bei entſtandenem Concurſe, iſt keine eigentliche Straſe, 90.
eigentliche Wirkung derſelben, 93.
kann dem Beſitzer eines handhabenden Pfandes gar nicht nachtheilig werden, 109. und n. 1.
wird eingeſchränkt, ebend. n. 1.
ob, wenn dieſelbe eingetreten iſt der hypothekariſche Gläubiger ſein Recht auch gegen einen dritten Beſitzer der Hypoth. verfolgen könne? 109.

Precarium, die Verabredung, daſſelbe vor Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht wiederzufordern, iſt heutiges Tages gerichtl. wirkſam, 84.

Preußiſches allgemeines Geſetzbuch, nach demſelben erhält ein Vertrag durch eidliche Beſtärkung nicht mehrere Kraft, als ihm die Geſetze ſchon an ſich beilegen, 123.

Privatangelegenheiten, darin die Rechte und Verbindlichkeiten anders zu reguliren, als die poſitiven Geſetze es beſtimmet haben, ſteht den Parteien der Regel nach frei, 80.

Proceßkoſten, vorgeſchoſſene, ſtatt deren und der Zinſen davon einen Theil des gewonnenen Vermögens ſich verſprechen zu laſſen, iſt verboten, 65. n. 6.

Pupillen, ob ihnen eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn ſie ſich ohne Vormund in Rechtsgeſchäfte eingelaſſen haben? 71.
Controverſe der ältern und neuern Juriſten darüber, ebendaſelbſt.
ob condictio indebiti wider ſie angeſtellet werden könne, ebend. n. 16.

Q

Quasi contractus, was es mit den Verbindlichkeiten daraus eigentlich für eine Bewandniß gehabt habe? 9.

die

die gewöhnliche Erklärung derſelben iſt mit vielen Schwierigkeiten verknüpft, ebend.
was zu dieſer Verwirrung Anlaß gegeben habe? ebend.
Verſuch einer genauern Entwickelung derſelben, ebend.
was für Rechtsfälle die Römiſchen Geſetze dahin rechnen ſind? ebend.
worin dieſelben mit einander harmoniren? ebendaſelbſt.
Begriffe von denſelben nach der wahren Meinung der Röm. Rechtsgelehrten, ebendaſ.
die Ungereimtheit des Ausdrucks: quasicontractus wird näher ins Licht geſetzt, 25. not. 1.
Zu denſelben ſind von den Auslegern mehrere Fälle hinzugefügt, als die Römiſchen Geſetze ſelbſt dahin gerechnet haben, 27.
(ſ. auch *consensus fictus*, und **Contracte.**)

Quasi delicta, wie es ſich damit nach dem ächten Sinn des Röm. Rechts verhalte? 10 — 20.
Hubers Bedenklichkeiten über die gewöhnliche Lehre davon, 10.
Woltaers Erklärung davon, ebendaſ.
Das Röm. Recht liefert keine beſtimmte Erklärung dieſer Gattung der Verbindlichkeit, 10.
Merkmale, welche den dahin gerechneten Fällen gemein ſind, 11.
Fälle, wo den Röm. Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden iſt, 12 — 20.
Begriff derſelben nach dem ächten Sinn des Römiſ. Rechts, 19. 20.
Fahrläſſigkeit giebt keinen unterſcheidenden Character derſelben, 10.
Die Terminologie: quasi delictum kommt in den Geſetzen gar nicht vor, 25. n. 1.
deren Unſchicklichkeit wird gezeigt, ebendaſ. ſ. auch **Verbrechen.**
Zu denſelben ſind von den Auslegern mehrere Fälle gerechnet, als die Röm. Geſetze ſelbſt dahin zählen, 27.

R

Raſende, ſ. *furiosus*.
Ratihabition, ſiehe **Genehmigung.**
Recht, natürliches, (ſ. auch **Geſetzbücher**) was aus demſelben ins ius positivum qua tale aufgenommen worden

iſt, wird nicht unverbindlich, wenn gleich dieſes ſein Anſehen und Gültigkeit verliert, 4.
was es eigentlich ſei, 30. n. 2.
poſitives, (ſ. auch **bürgerl. Geſetze**) Unterſchied des wirklichen und förmlichen, 70. n. 2.
Canoniſches, ob daſſelbe in der Lehre vom Eide dem Römiſchen vorgehe? 123.
Römiſches, was bei Anwendung deſſelben vorzüglich in Acht zu nehmen iſt? 96.
Rechte, alle rühren zuletzt aus Geſetzen her, 30.
Rechtsgeſchäfte, natürlich erlaubte, jedoch bürgerlich verbotene, 61 — 77.
das bürgerliche Verbot einer natürlich erlaubten Handlung muß vor allen Dingen außer Zweifel geſetzt ſein, 61.
auf welche Geſetze hiebei Rückſicht zu nehmen iſt, 62.
Ausnahmen von der Regel, daß auf die Geſetze des Orts, wo die Handlung vorgenommen worden, zu ſehen ſei, ebendaſ.
Erklärung und Anwendung dieſer poſitiven Geſetze, 63. 64.
Claſſification der einzelnen dahin gehörenden Fälle, 65 — 67.
ob und in wie fern eine natürliche Verbindlichkeit dabei Statt finde? 68 — 70.
ob eine Entſchädigung dabei gefordert werden könne? 70. et n. 4.
ſind der Regel nach nichtig, 74.
ob und in wie fern dasjenige, was zur Erfüllung derſelben gegeben, oder bezahlt worden iſt, wieder zurückgefordert werden könne? 75. 76.
Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre hievon, 75.
Die Zurückforderung iſt der Regel nach unzuläſſig, 76.
Ausnahmen von dieſer Regel, 77.
bürgerlich nicht verbotene, welche jedoch den völligen gerichtl. Effect nicht hervorbringen, 78 — 89 b.
Claſſification der einzelnen dahin gehörenden Rechtsgeſchäfte, 79.
Nach welchen Geſetzen der Richter im Fall einer Colliſion der poſitiven Rechte verfahren müſſe? 95.
Bemerkungen über die Erklärung und Anwendung dieſer Geſetze, 96.
Rechtsregel: *quod tibi non nocet, alteri vero prodeſt ad*

id poteris compelli, was von derſelben zu halten, und wie die Geſetze woraus dieſelbe gebildet worden iſt, eigentlich zu verſtehen ſind? 101.

Richter, derſelbe konnte, wenn er einem ſtreitenden Theile zu nahe gethan hatte, nach den Grundſätzen des ſtrengen Röm. Civilrechts nur wegen des doli und der gröbſten Fahrläſſigkeit in Anſpruch genommen werden, 12.
denſelben macht nach dem neuern Röm. Rechte jede andere Uebereilung oder Verſehen quasi ex delicto verantwortlich, ebendaſ.
actio in factum wider denſelben, si litem suam fecerit, ebendaſ.
worauf es dabei angekommen? ebendaſ.
die Meinung der Rechtsgelehrten, welche dieſelbe bloß wegen der groben Fahrläſſigkeit gegen den Richter zulaſſen, wird widerlegt, 12. n. 4.
ihm iſt das Annehmen der Geſchenke verboten, 67. n. 6.
er darf ſich auch nicht durch Geſchenke den Weg zum Richteramt bahnen, ebendaſ.
muß die Perſonen und Sachen nur ſo behandeln, wie ſie der Geſetzgeber Einmal überhaupt angeſehen wiſſen will, 70. 76. n. 14. 96.
Criminalrichter muß auch auf die individuellen Eigenſchaften und Verhältniſſe Rückſicht nehmen, 64. n. 5.

S

Schenkung, jede, welche die geſetzliche Summe nicht überſteigt, bringt nach dem neuen Röm. Recht ohne Stipulation eine gültige Klage hervor, 126.
wie auch nach Deutſchen Rechten, ebendaſ.
über 500 Soliden, iſt ohne gerichtliche Inſinuation ungültig, 65.
wahre Abſicht dieſes Verbots, ebendaſ. n. 8.
unter Eheleuten, in wie fern dieſelbe gültig und klagbar ſei, 89 a, und n. 18.
Schuldner, ob ein natürliche Verbindlichkeit bei ihm Statt habe, wenn er durch ungerechten richterlichen Ausſpruch losgeſprochen worden iſt? 91. 94.
Senatusconsultum Macedonianum, iſt kein verbietendes Geſetz, 88.
leidet keine ausdehnende Erklärung, 96.
kommt auch dem Bürgen zu Statten, 115.

Senatusconsultum velleianum, ob demſelben von einer Frauensperſon gültig entſagt werden könne? 74. n. 14.
ſ. a. Frauensperſonen.

Societät und Gemeinheit, kann auch heutiges Tages von jedem Intereſſenten eigenwillig aufgekündigt werden, 85.
doch muß es nicht zur Unzeit geſchehen, 81. n. 8.

Societas leonina, iſt heutiges Tages als Pactum für gültig zu achten, 84.

Spiele, Glücks- oder Hazard-, ſind verboten, 65. n. 1.
künſtliche, ebendaſ. n. 2.
verbotene, ein dazu gemachte Anleihe kann, wenn ſie freiwillig wiederbezahlt worden iſt, nicht zurückgefordert werden, 76.
was darin verloren und bezahlt worden iſt, kann der Mitſpieler ſelbſt zurückfordern, 77. et n. 7.

Suffragii Contractus, in wie fern derſelbe gültig ſei, 67. n. 6.

T

Teſtamente, ob ſie auch nach dem Naturrecht zu den gültigen Diſpoſitionen über das Seine gehören? 54. n. 6. ſ. auch **Letzter Wille**.

Theorie der Römiſchen Juriſten vom Urſprunge und den Entſtehungsgründen der Verbindlichkeit, ſ. **Entſtehungsart und Urſprung der Verbindl.**

Thier, unvernünftiges, die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen daſſelbe angerichtet hat, iſt eine unmittelbare, 34.

Titel *de regulis iuris*, die darin vorkommenden Rechtsprincipien ſind nicht immer nach Maßgabe des Wortverſtandes als allgemeine geſetzliche Vorſchriften anzuſehen, 101.

U

Urſprung der Verbindlichkeit, ſ. **Entſtehungsart.**

Usuraria prauitas, ſ. **Wucher.**

V

Vater, deſſen Schuldigkeit, ſeine Kinder zu ernähren, iſt eine unmittelbare, 33.
muß der heirathenden Tochter einen Brautſchatz mitgeben, 99. und n. 5.
doch iſt er nur alsdann dazu ſchuldig, wenn die Tochter nicht zulänglich eigene Mittel beſitzt, 100.

Verbietende Geſetze, ſ. **Geſetze, verbiet.**

Verbindlichkeit, (ſ. auch **Obligation**) Begriff derſelben, 1. 2.
Ein-

Eintheilungen derſelben, 3. 4. 5. 39. 40.
findet nur in Anſehung freier Handlungen, und ſolcher, die ſich auf Freiheit beziehen, Statt, 2.
führt keine abſolute Nothwendigkeit mit ſich, ebend.
kann ſich auf unmögliche Dinge nicht erſtrecken, ebend.
deren Urſprung und Entſtehungsart, ſ. **Entſtehungsart.**
hört darum nicht auf eine natürliche zu ſein, weil ſie im Civilrecht gleichfalls vorgeſchrieben worden iſt, 4.
bürgerliche, Begriff derſelben, 4.
mittelbare, was ſie ſei? 5.
ſetzt ein factum obligatorium voraus, ebendaſ.
wird näher beſtimmt, 31.
und erläutert, 37. 38.
natürliche, ſ. **natürliche Verbindl.**
unmittelbare, Begriff derſelben, 5.
wird näher erläutert, 32 — 36.
unvollkommene, worin ſie beſtehe, 39. 40.
vermiſchte, was ſie ſei? 4. 42.
vollkommene, was ſie ſei? 39. 40.
Unterſchiede zwiſchen der natürlichen und poſitiven, 54.
Bemerkungen über die verſchiedenen Arten, dieſelbe aufzuheben, in Rückſicht auf natürl. Verbindlichkeiten im ſtrengen Verſtande des Civilrechts, 128.

Verbindlichkeiten, gegen Gott, gegen uns ſelbſt, und gegen andere Menſchen, 3.

Verbrechen, deren Eintheilung in wahre und Quaſidelicta iſt fehlerhaft, 25.
die Geſetze ſelbſt billigen dieſe Eintheilung nicht, ebendaſ.
nach der Natur der Sache und den Regeln der Vernunftlehre läßt ſie ſich auch nicht vertheidigen, ebendaſelbſt.

Verjährung der Klagen, iſt keine Strafe im eigentlichen Verſtande, 90.
ob der Schuldner, welcher nach derſelben bezahlt, ſolches wiederum zurückfordern könne? 92.
hebt die natürliche Verbindlichkeit nicht auf, ebend.
der Hauptklage, ob und in wie fern dieſelbe auch dem Bürgen zu Statten komme? 115.

Verlobungen, die Conventionalſtrafe dabei gilt heutiges Tages, 84.

Verträge, die vollkommene Verbindlichkeit daraus, wird neuerer Zeit von einigen, wiewohl unrecht, ſelbſt nach dem Naturrechte beſtritten, 83. u. n. 5.

in

in wie fern ihnen die gerichtl. Wirkung zukomme, wenn ſie in Anſehung eines Dritten geſchloſſen werden, 89. a.
Verträge, bürgerlich verbotene, ſ. **Rechtsgeſchäfte.**
Neben= ſ. **Nebenverträge.**

W

Wahnſinnige, ſ. *furiosus.*
Wetten, 65. n. 2.
Wirkung, gerichtliche, natürlicher Verbindlichkeiten,
allgemeine Regeln davon, 59.
wird in einzelnen Fällen gehindert, I. weil die nat. Verbindl. mit den bürgerlichen Beſtimmungen der Privatgeſchäfte nicht übereinkommt, 81. ff.
II. durch das perſönliche Verhältniß der Parteien, 86 — 89. a.
III. aus billiger Nachſicht gegen den Schuldner, 89. b.
geht in manchen Fällen durch die Vorſchriften des Civilrechts erſt in der Folge ganz oder zum Theil verloren, 90 — 94.
Gründe dieſer bürgerl. Anordnung, 90.
ob alsdann auch die natürl. Verbindlichk. ſelbſt wegfalle? 91. ff.
Wucher, unerlaubter, 65. n. 3.

Z

Zahlung, iſt allemal im Zweifel auf klagbare Pöſte zu rechnen, wenn ein Gläubiger mehrere Forderungen an einen Schuldner hat, 128.
Zahlungsverſprechen, ob und in wie fern durch daſſelbe in der Folge eine Nichtſchuld zu einer klagbaren Verbindlichkeit übergehen könne? 126.
ſ. a. *constitutum.*
Zinſen, ſ. **Darlehn.**
Verzugs=, kann der Donatarius von ſeinem Wohlthäter nicht fordern, 99. und n. 4.
Zinsthaler, 6ter, 65. n. 3.
Zurückforderung des Gezahlten findet Statt, wenn der Mandatarius, ohne ganz ſpeciellen Auftrag, Pöſte bezahlt, derentwegen zwar eine natürl. Verbindl. des Principals, aber keine Klage wider dieſen Statt fand, 128.
Zwangspflichte, 39. 40.
natürliche, haben in foro ciuili alle gerichtliche Wirkung, welche ihnen nicht ausdrücklich genommen iſt, 59.

II.
Verzeichniß
der erklärten Geſetzſtellen.

Ex iure ciuili Romano.
Ex Institutionibus.

§. 11. de rerum diuis., 55. n. 7.
§. 40. eod., ibid.
§. 2. de usufr., 25. n. 1.
pr. de usucapion., 55. n. 7.
§. 4. de donat., 55. n. 7.
§. ult. de test. mil., 25. n. 1.
Pr. de obligationibus, 1. 45. n. 1.
§. ult. de obligat., 6.
§. 1. quid. mod. re contrah. oblig., 71. n. 16.
§. 3. de lege Aquilia, 10.
§. 7. de lege Aquilia, 13 — 18.
§. 1. de obl. quae qu. ex del., 10. 19. 20.
§. 3. eod., 10.
§. 7. de action., 25. n. 1.

Ex Pandectis.

L. 6. de iustit. et iure, 58.
— 24. de his, qui sui vel alieni iuris sunt, 46.
— 16. de negot. gest., 25. n. 2.
— 7. de in integr. restit., 101.
— 13. pr. de minoribus, 113.
— 16. §. 4. eod. 55. n. 7.
— 15. §. 1. de iudiciis, 12.
— 20. eod., 25. n. 2.
— 20. §. 1. de seruit. praedior. rusticor., 55. n. 7.
— 10. Si seruit. vind., 25. n. 1.
— 5. §. 1. ad L. Aquil., 10.
— 5. §. 2. eod., 71. n. 21.
— 33. §. 1. eod., ebendaſ.
— 1. Si mensor falsum modum dixerit, 12.
— 4. de religios. et sumt. fun., 55. n. 7.
— 28. de condict. indeb., 94.

L. 29. de condict. indeb., 77.
— 30. eod., 97.
— 51. eod., ebendaſ.
— 60. eod., 94.
— 5. D. de condict. sine causa, 79.
— 5. §. 9. de constituta pecunia, 89. a.
— 9. pr. de SC. Maced., 107.
— 9. §. 3. eod., ebend. und 113. 115.
— 41. de peculio, 45. et n. 3.
— 49 §. 2. eod., 45. n. 3.
— 16. §. 1. ad SC. Velleian., 113. n. 7.
— 29. §. 4. mandati, 46.
— 1. §. 3. de peric. et comm. rei vend., 100.
— 13. §. 8. de act. emt. et vend., 25. n. 1.
— 22. §. 3. locati, 55. n. 7.
— 2. 3. 4. 11. 14. §. 3. de praescr. verb., 46.
— 2. Quae. res pignori, 107.
— 14. §. 2. de ritu nuptiar., 55. n. 7.
— 73. §. 1. de iure dotium, 102. n. 7.
— 32. §. 27. de donat. int. V. et V., 25. n. 1.
— 12. de administr. tutor., 100.
— 13. §. 7. de excusat. tutor., 46.
— 26. de operis libert., 17. not. 48.
— 4. §. 2. de grad. et affin., 55. n. 7.
— 1. §. 1. et 10. de aqua et aquae pluu., 55. n. 7.
— 2. §. 5. eod., 101.
— 15. de donat., 25. n. 2.
— 52. de re iud., 25. n. 2.
— 1. de O. et A., 6. 21.
— 1. 4. 5. de O. et A., 22.
— 10. eod., 51. n. 2. 3.
— 46. eod., 71.
— 52. eod., 6. 28.
— 6. de Verbor. obligat., 113.
— 16. de fideiussor., 113.
— 16. §. 4. de fideiussor, 45. et n. 3., 51. n. 2. 3.
— 25. eod., 113.
— 37. eod., 92.
— 46. eod., 113.
— 49. de solution., 55. n. 7.
— 95. §. 3. eod., 128.
— 101. eod., 107.

L. 8.

L. 8. §. 1. rem ratam haberi, 94.
— ult. de accusat., 25. n. 2.
— 3. de extraord. cognit., 64. et n. 11.
— 6. de extraord. cognit., 12. et not. 5.
— 10. de verbor. ſignific., 45. et n. 3.
— 23. de reg. iur., 25. n. 2.
— 84. eod., 53. n. 1.
— 183. eod., 101.

Ex Codice.

L. 11. de usuris, 107.
— 9. de praed. et al. reb. minor., 113. et n. 6.
— un. etiam ob chirograph. pecun., 108.
— 2. de luit. pign., 104.
— 3. de donat. quae sub modo, 89. a.

Ex Novellis.

Nou. 89. cap. 12. § 6., 102. n. 7.
— 162. cap. 1., 89. a. n. 18.

Ex iure Canonico.

Ex Decretalibus.

Cap. 28. de iureiurando, 120.
— 7. de pignorib., 122. n. 3.
— 29. de sponsal., 84.

Ex Libro 6. Decretalium.

Cap. 2. de pactis, 120.

Ex iure Meclenburgico.

§. 380. des Landes Grundgeſetzl. Erbvergleichs, 64.

Staats-Bibliothek Bamberg

Ver-

Verzeichniß einiger Verlags-Bücher der Bödnerſchen Buchhandlung zu Schwerin und Wismar, die in allen Buchhandlungen zu haben ſind.

Dr. Ad. Dietr. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom Gebrauch des römiſchen Rechts, 8, 782, 4 Gr.

ejusdem, Commentatio de usuris indebiti solutis earumque tam repetitione quam insortem imputatione, 8, 783, 5 Gr.

Deſſen, Beiträge zu der Lehre vom ſtillſchweigenden Conventional-Pfandrecht, 8, 783, 7 Gr.

Deſſen, Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 2te verbeſſerte Ausgabe, 1ſtes Stück, gr8, 795, 5 Gr.

Deſſen, Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, 3te verbeſſerte und vermehrte Ausgabe, gr8, 1800.

Die Zuſätze und Verbeſſerungen aus demſelben beſonders, für die Beſitzer der vorigen Ausgabe, gr8, 1800.

Derſelbe, über die Prozeßkoſten, deren Vergütung, und Compenſation, 4te Auflage, 8, 798, 8 Gr.

Derſelbe, über Injurien und Schmähſchriften, 1ſte und 2te Abtheilung, 2te Auflage, gr8, 797, 798, 1 Rthl. 6 Gr.

Deſſelben 3te und letzte Abtheilung, gr8, 1800.

Mecklenburg, in Hinſicht auf Kultur, Kunſt und Geſchmack von J. C. F. Wundemann, Prediger zu Wahlkendorf, 1ſter Band, 8, 1800.

Legationsrath von Ferber, Grundzüge zur Werthſchätzung der Landgüter in Mecklenburg, gr8, 797. 1 Rthl.

Cob. Toze, Einleitung in die allgemeine und beſondere Europäiſche Staatskunde, Vierte Auflage, neu bearbeitet von Valent. Aug. Heinze, 1ſter und 2ter Band, gr8, 1791. 99, 2 Rthl. 20 Gr.

Fr. Aug. Rudlofs, pragmatiſches Handbuch der mecklenburgiſchen Geſchichte, 1ſter Theil, 2ten Theils 1ſte bis 4te Abtheilung und 3ten Theils 1ſter Band, gr8, 785 — 795, 4 Rthl. 14 Gr.

C. C. A. H. von Kampz, Beiträge zum Mecklenburgiſchen Staats- und Privatrecht, 2 Bände, 8, 795, 796. 1 Rthl. 10 Gr.

Ueber die Erbkontrakte der Prediger, 2 Theile, 8, 797. 98. 1 Rthl. 4 Gr.

E. Chr. A. Behrens Mecklenburgiſche Landbaukunſt, oder Sammlung von Originalzeichnungen, wornach gebauet wird, mit Bauanſchlägen, und 35 Kupfertafeln, gr4t. 796, 3 Rthl. 12 Gr.

Joh. Chr. Kirchhofs Abhandlung von den Advocaten und ihren Pflichten in peinlichen Fällen, nebſt Schutzreden über die wichtigſten Vorfälle, 4 Theile, 8, 770, 3 Rthl. 6 Gr.

Zur Mich. Meſſe dieſes Jahrs wird in unſerm Verlage noch herauskommen.

Legationsrath von Ferber, über Landwirthſchaftliche Kontrakte und deren Cautelen, in öconomiſcher Rückſicht, 1ſter Band, von Landwirthſchaftlichen Kauf-Contrakten, gr8.

Deſſen 2ter Band, welcher die Landwirthſchaftlichen Pacht-Contrakte enthalten wird, erſcheint zur Oſter-Meſſe 1801.